Sammlung

von

Rechtsfällen

und

Entscheidungen derselben.

Herausgegeben

und

mit wissenschaftlichen Excursen versehen

von

Dr. Paul Ludolf Kritz,

Königlich Sächsischem Ober-Appellationsrathe.

Vierter Band.

Ueber Gerichtsbrauch und über Literatur des Römischen Privatrechts in Beziehung auf neuere Behauptungen der sogenannten historischen Schule.

Leipzig, 1843.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

Vorrede.

Des Herrn Verlegers wiederholte Aufforderungen zu weiterer Fortsetzung der Sammlung von Rechtsfällen etc. sind mir ein erfreulicher Beweis, dass dies Unternehmen den Beifall des juristischen Publicums findet. Jedoch um in diesem Beifalle eine Gewähr dafür zu erblicken, Arbeiten geliefert zu haben, die durch ihren innern Werth denjenigen vergleichbar wären, die wir in ähnlicher Form von dem geistreichen *Hommel*, dem gediegenen *Kind* und in den *Gottschalki*schen, durch allgemeines Anerkenntniss über jedes belobende Beiwort hinausgestellten Disceptationen besitzen, müsste ich selbstgefälliger Eitelkeit zugänglicher sein, als mein Bewusstsein mir das Zeugniss giebt. Denn da die Schriften der beiden zuerstgenannten Männer von Jahrzehend zu Jahrzehend weniger gesucht werden, während manche nur durch ihre Neuheit, hingegen schlechterdings durch nichts, das eine Spur von Geist und innerem Berufe verriethe, empfohlene Sammlungen rechtlicher Entscheidungen sich ebenfalls des erwünschtesten Absatzes erfreuen, so reichte schon diese Erfahrung aus, mich zu belehren, dass, sehr unabhängig von dem selbständigen Werthe, solcher Art Schriften eine Zeit lang einzig und allein um ihrer Neuheit willen können gesucht sein. Uebrigens stehe ich der Praxis nahe genug, um die Nothwendigkeit zu begreifen,

welcher zufolge dem juristischen, grösstentheils aus Praktikern bestehenden Publicum jedes einen näheren Zusammenhang mit dem Gerichtsbrauche ankündende, besonders aber jedes wirklich entschiedene Fälle referirende Buch eine ihrer Neuheit proportionell willkommne Gabe ist. Denn nur wenig und dies leicht erklärlicher Weise kümmern sich viele Praktiker um juristische Wahrheiten. Die Unklarheit unsers Verhältnisses zu den Quellen ist von der Art, dass, anstatt über eine Theorie derjenigen Criterien, nach denen ein juristischer Satz für wahr zu halten sei, einig zu sein, wir nur über die, alle positive Gewissheit untergrabende Negative einverstanden sind, kein Satz sei absolut um deswillen, weil er in dem Corp.jur. steht, ein geltender Rechtssatz; und so ist gewaltig weit die Kluft, welche zwischen dem sich hinzieht, was ein Schriftsteller für wahr annimmt und dem, was der Geltung im Gerichte darf versichert sein. Wer möchte also mit dem Praktiker über das gewöhnlich sehr geringe Maas seiner intellectuellen Bedürfnisse rechten, wer es ihm verdenken, wenn er, ungewiss ob Cajus oder Titius im Stande sei mit zwingend überzeugenden Gründen zu lehren, wie in diesem oder jenem Falle erkannt werden sollte und müsste, sich damit begnügt, zu erfahren: wie ist in diesem oder in jenem Falle erkannt worden. Je neuer aber die Entscheidung ist, um so sichrer darf der Praktiker darauf rechnen in vorkommenden Fällen eben so entschieden zu sehn, oder keinen Widerspruch zu erfahren, wenn er in gleichem Falle auf gleiche Entscheidung anträgt, wogegen diese interessante Probabilität sich in Verhältniss zu dem vorgerückteren Alter des Präjudizes mindert. So bin ich fest überzeugt, dass die wenigen Worte, welche in Bd. III. meiner Rechtsfälle S. 1. berichten, dass das K. S.

O. A. Gr. fortdauernd den Beweis des Irrthums auf Seiten desjenigen erfordert, der eine condictio indebiti anstellt, im Durchschnitte jedem Praktiker lieber sind, als der umständliche Beweis, eine andre Praxis würde quellengemässer und rationellen Anforderungen entsprechender sein. So wird es auch dem Sachwalter, der einen condictione indebiti Belangten zu vertreten hat, viel willkommner sein sich auf das neuere als auf ältere Präjudize beziehen zu können; denn ein jüngeres Präjudiz giebt man viel schwerer auf als ein älteres, da selten ein Lebender sich selbst widerspricht, wenn nicht so erkannt wird, wie vor vierzig oder funfzig Jahren. Ja ich möchte, käme es mir darauf an, den Advocaten der allerdings geist- und methodelosen Routine zu machen, hinzusetzen, dass der gute Rechtszustand eines Staates (und das ist vor allen derjenige, der sich bei den Betheiligten vollen Credites und unerschütterten Vertrauens erfreut) nicht von der grösseren oder geringeren Masse bedenklicher oder unbedenklicher Rechtssätze abhängt, zu denen sich die Gerichte bekennen. So einerseits Jedem gern seine Art und Weise gönnend und am allerwenigsten Jemandem ein gesteigertes intellectuelles Bedürfniss ansinnend, bekenne ich andrerseits: mein Wunsch ist es, das Anerkenntniss eines höheren, nicht so verächtlich ephemeren Werthes dem obenbemerkten literarischen Unternehmen bei denjenigen zu sichern, welche für das Höchste in jeder Bestrebung nicht das materielle Object derselben, sondern den Geist und die Methode ansehen, die sich in Behandlung des Stoffes darlegen. Für erfüllt würde ich diesen Wunsch betrachten, gelänge es mir, über die Tendenz, welche unter den gegebenen Verhältnissen die einzig und allein in unsrer privatrechtlichen Literatur fördernde sein kann, klare und überzeugende Principe auf-

zustellen. Vermöchte ich dabei dem Leser anschaulich zu machen, dass ich bemüht gewesen bin, dies Princip consequent durchzuführen, so würden dadurch die in die verschiedensten Rechtsmaterien einschlagenden Aufsätze der ersten drei Bände und des künftighin, so Gott will, mit gleich freier Auswahl des Stoffes erscheinenden fünften und sechsten Bandes u. s. w. einen theoretischen, ihnen gemeinsam eigenthümlichen Werth erhalten, der, täuscht mich nicht das Wollen über das Maas des Könnens, wichtiger und von grösserem Einfluss sein könnte, als die Erkenntniss einer und der andern einzelnen Rechtswahrheit. Diesen Zweck sollen die nachstehenden Aufsätze erfüllen, deren Anzahl ich zu vielen Bänden hätte ausdehnen können, wäre es mir nicht blos darauf angekommen, meine Ueberzeugung und ihre Gründe durch Beispiele zu rechtfertigen, wozu, hoffe ich, die gegebenen ausreichen werden.

Dies über die Tendenz der folgenden Aufsätze. Nun noch eine Bemerkung über die Form derselben.

Nur Zufall oder bei einer besonderen Materie schlechthin unabweisbare Nothwendigkeit ist es gewesen, wenn in meinen grösstentheils polemischen Schriften die Polemik bisher nicht möglichst jede Erwähnung von Personen vermied. Je weniger jenes Verfahren der Rechtfertigung bedurfte, um so mehr wird dies bei dem entgegengesetzten der Fall sein, und am allerwenigsten möchte ich in den Schein gerathen, einen sehr berühmten Namen zum öftersten blos um deswillen genannt zu haben, weil in des Lesers Augen sich das Interesse des Angriffs durch die grössere Celebrität des Angegriffenen steigert. Ungleich loyaler und ziemlicher ist meine Intention gewesen, als ich mich, will man es so nennen, zum Gegner derjenigen Ansichten erklärte, welche man die leitenden des Herrn *v. Savigny*

nennen kann. Unter allen Voraussetzungen wird dieser Name ein grosser und ehrenwerther in unsrer Literatur bleiben; nicht um deswillen, weil superlative Lobpreisungen von ihm und insonderheit von Erscheinen seines Systems des heutigen Röm. Rechtes an eine neue Aera der Jurisprudenz datiren wollen. Solche ungemessne Huldigungen, zu welchen nur derjenige legitimirt wäre, der über und also zugleich ausser seiner Zeit stünde, widern um so mehr an, als *v. Savigny* selbst in der Vorrede zu seinem Werke sich mit mildester und freundlichster Bescheidenheit zu dem Anerkenntnisse eines jeden etwanigen andern Verdienstes herablässt. Ueberzeugender scheint für die Bedeutsamkeit *v. Savigny's* die heftige und erbitterte Polemik zu sprechen, die hin und wieder sich gegen ihn erhoben hat. Denn je weniger nach mancher Urtheil sich die neueste Literatur in Credit bei der Mitwelt zu setzen vermag, um so mehr scheint sie auf ein wild demagogisches Annihiliren und Nivelliren jedes älteren berühmten Namens auszugehn, und darum kann es gar wohl ein günstiges Vorurtheil für einen berühmten Namen erwecken, wenn wir ihn zum Gegenstande der corrosiven Critik eines literärischen Institutes gemacht sehen. Indess jenes maasslose Lob und dieser heftige Tadel lassen zwei der Einsicht eines jeden Gebildeten zugängliche und verständliche Momente übrig, die dem Namen *von Savigny's* bleibende Achtung und Bedeutsamkeit sichern. Als solche Momente bezeichne ich, die elegante Präcision der Sprache, wodurch er sich in der Schrift über den Beruf unsrer Zeit zur Gesetzgebung zu dem Range eines deutschen Classikers erhebt und die überzeugende Wahrheit, womit er im ersten Bande der Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter, soviel mir bekannt, zu allererst den ununterbrochenen historischen

Zusammenhang des italienischen Mittelalters und der altrömischen Zeit nachgewiesen hat, während nach anderer Ansichten beide Geschichtsperioden durch die Einbrüche der sogenannten Barbaren und alle daran sich knüpfende historische Erscheinungen gegenseitig ganz so isolirte Perioden sind, dass zwei durch weite Meere geschiedene Gebirgszüge sich nicht von einander isolirter darstellen könnten. Wenn nun ein Gelehrter, dem unleugbare Verdienste von jedem Verständigen zuerkannt werden müssen und dessen übrigen Leistungen Niemand absprechen kann, dass sie als literarische Erscheinungen einen Effect hervorgebracht haben, den das grösste Verdienst sich nicht grösser wünschen könnte, mit einem unsre gesammten Röm. privatrechtlichen Verhältnisse umfassenden Werke hervortritt, nachdem er früher über verwandte Werke neuerer Schriftsteller sich in der Schrift über den Beruf unsrer Zeit zur Gesetzgebung so wie daselbst (2te Ausgabe S. 48. und 49.) zu lesen,*) aus-

*) „Unglücklicherweise ist das ganze achtzehnte Jahrhundert in Deutschland sehr arm an grossen Juristen gewesen. Fleissige Männer zwar fanden sich in Menge, von welchen sehr schätzbare Vorarbeiten gethan wurden, aber weiter als zu Vorarbeiten kam es selten. Ein zweifacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das Eigenthümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d. h. in dem Verhältniss, welches das allein wahre und natürliche ist. Dieser zweifache wissenschaftliche Sinn findet sich ungemein wenig in den Juristen des achtzehnten Jahrhunderts und vorzüglich ein vielfältiges flaches Bestreben in der Philosophie wirkte sehr ungünstig. Ueber die Zeit, in welcher man selbst lebt, ist ein sicheres Urtheil sehr schwer: doch, wenn nicht alle Zeichen trügen, ist ein lebendiger Geist in unsre Wissenschaft gekommen, der sie künftig wieder zu einer eigenthümlichen Bildung erheben kann. Nur fertig geworden ist von dieser Bildung noch sehr wenig, und aus diesem Grunde läugne ich unsre Fähigkeit, ein löbliches Gesetzbuch hervorzubringen. Viele mögen dieses Urtheil für übertrieben halten, aber diese fordere ich auf, mir unter der nicht

gesprochen hat, wenn derselbe ferner in diesem neusten Werke höchste und allgemeinste Theorien über Recht und Privatrecht und über unser Verhältniss zu den Quellen, aus denen wir uns das Recht zur wissenschaftlichen Erkenntniss bringen sollen, zu geben sucht, dann muss jeder juristische Schriftsteller, der bei den eignen Leistungen mit Gewissenhaftigkeit verfährt, sich veranlasst finden, über den Grad der Selbstüberzeugung nachzudenken, die ihn verpflichten könnte sich den leitenden Ansichten einer solchen Celebrität anzuschliessen, und die Resultate dieser Selbstprüfung verdienen es, aus dem Studierzimmer in die Welt zu treten, sollte auch nur ein kleiner Theil des Publicums an des Schriftstellers bisherigen Leistungen einen tieferen als den obenbezeichneten, höchst äusserlichen und nichtssagenden Antheil genommen haben.

Nur jenen mir erwünschteren Lesern kann gegenwärtige Arbeit als vierter Band der Rechtsfälle gelten, wogegen anderen, nur nach dem, was sie practische Resultate nennen, aussehenden Lesern dieselbe, ohngeachtet grossentheils aus der practischen Erfahrung entnommener Beispiele, womit ich Schritt vor Schritt gesucht habe meine theoretischen Ansichten zu belegen, unergiebig scheinen dürfte. Darum beschloss ich, damit

geringen Zahl von Systemen des Römisch-deutschen Rechts eines zu zeigen, welches nicht etwa blos zu diesem oder jenem besondern Zwecke nützlich dienen könne, denn deren haben wir viele, sondern welches als Buch vortrefflich sei; dieses Lob aber wird nur dann gelten können, wenn die Darstellung eine eigene, selbstständige Form hat, und zugleich den Stoff zu lebendiger Anschauung bringt. So z. B. im Röm. Rechte würde es darauf ankommen, dass die Methode der alten Juristen, der Geist, der in den Pandecten lebt, erkennbar wäre und ich würde mich sehr freuen, dasjenige unsrer Systeme kennen zu lernen, worin dieses der Fall sein möchte. Hat nun diese Arbeit bei vielem Fleisse und guten Talenten bis jetzt nicht gelingen wollen, so behaupte ich etc.“

Niemandem getäuschte Erwartungen erregt würden, ihn noch unter einem zweiten Titel erscheinen zu lassen, der zur Warnung jedem dienen kann, der für eine solche Warnung möchte dankbar sein. Der Schrift selbst muss es überlassen bleiben, die Auswahl des zweiten Titels als eine schickliche und angemessene zu rechtfertigen.

Dresden, am 11ten Februar 1843.

Inhaltsverzeichniss.

I. Inwiefern ist man berechtiget zu behaupten, es gelte bei uns Röm. Recht. S. 1—147.

Seite.

§. 1. Einleitende Bemerkungen 1—3

§. 2. Das Dogma von den Quellen unsrer Rechtserkenntniss 3—6

§. 3—9. Critik der Bemerkungen Webers und der von ihm aufgestellten Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Röm. Rechtes in deutschen Gerichten . . . 6—53

§. 10. Uebergang von dieser Critik zu v. S.'s Theorie hinsichtlich der Anwendung im Corpus juris enthaltener unter einander nicht vereinbarer Stellen. 54—67

§. 11. v. S.'s „systematisches" oder „historisches" der Art Stellen zu vereinigen bestimmtes Verfahren 68—79

§. 12. Die „systematische" Vereinigung 79—93

§. 13. u. 14. Die „historische" Vereinigung und hierbei über die Frage, inwieweit es glaublich sei, dass Justinian zu Verständniss des neueren Rechtes nöthige Rechtsalterthümer mitzutheilen beabsichtiget habe 93 - 99

§. 15. Die Voraussetzungen unter welchen v. S. die historische Vereinigung will angewendet wissen. 100—105

Seite.

§. 16. u. 16. b. Schluss der Theorie, nach welcher v. S. in dem Röm. Rechte vorkommende Widersprüche will vereinigt sehen (ausgehend von Betrachtung der Fälle „in welchen beide Arten der Vereinigung nicht anwendbar sind, obgleich ein Widerspruch durchaus eingeräumt werden muss") und recapitulirende Uebersicht des Inhaltes der vorhergegangenen §§. 105—147

II. Die juristische Literatur, als Organ der Erkenntniss des in der Praxis geltenden Röm. Rechtes. S. 148—273.

§. 1. Wie ist nach v. S.'s Ansicht der juristischen Literatur und der Praxis gegenseitiges Verhältniss beschaffen? 148—151

§. 2. Unbefugniss der theoretischen Jurisprudenz Autorität für die Praxis zu sein 151—167

§. 3. Zu einer Aeusserung v. S.'s über „das geistige Element der juristischen Praxis" und zu der diese Aeusserung zu erläutern bestimmten l. damnata 1. pr. de condict. indebit. . . . 167—187

§. 4—8. Was kann und soll die Praxis von der Literatur fordern? 187—200

§. 9. Bezeichnung der hauptsächlichen gegen die in den vorher angegebenen §§. aufgestellten Ansichten gedenkbaren Zweifel und Widersprüche 201—204

§. 10. u. 11. Untersuchung (zu Beseitigung jener Zweifel und Widersprüche nöthige) in welchem Umfange die Möglichkeit einer von positiven Normen unabhängigen Rechtspflege in Rom sei gegeben gewesen 204—235

§. 12. u. 13. Die Wissenschaftlichkeit der Röm. Juristen 235—273

§. 14. u. 15.*) Ueber den heutigen Werth des Röm. Rechtes, dessen unzerstörbare und universelle Wichtigkeit 273—291

*) Das bei der Reinschrift des Mscpts. vorgefallene und bei der Revision des Druckes unbemerkt von mir gebliebene Versehen, wo-

III. Der Gerichtsbrauch. S. 292—323.

IV. Verschiedener Rechtsmaterien Erörterung in Hinsicht auf v. S.'s System des heutigen Röm. Rechtes — motivirt durch S. 297. enthaltene Bemerkungen. S. 324—418.

A. Das Zurückwirken der Resolutivbedingung, insonderheit bei Contracten. S. 324—345.

Seite.

§. 1. Allgemeine Bemerkungen 324—328

§. 2. Wo von conditio ohne nähere Bestimmung geredet wird, da soll nach v. S. zunächst an die suspensiva zu denken sein 328—329

§. 3. Bestätigung der Annahme, dass in der Regel die Römer die conditio nur da haben retrotractiv wirken lassen, wo das Geschäft ihr die retrotractive Wirkung ausdrücklich beilegte . . . 329—332

§. 4. Womit beweisst v. S. die von ihm im „Allgemeinen" und also insonderheit auch bei Verträgen angenommenen retrotractiven Wirkungen der conditio? 332—333

§. 5. v. S.'s Ansicht der venditio conditionalis . . 334—338

§. 6. v. S.'s Aussprüche über bedingtes Pfandrecht. 338—345

B. Der Irrthum hinsichtlich des Stoffes einer verkauften Sache. S. 345—373.

§. 1. Einleitende Bemerkungen 345—347

§. 2. Concrete zur Ermittelung der allgemeinsten Ansicht leitenden Fälle 347—352

§. 3. Erläuterungen zu §. 2. 352—353

§. 4. Beweis dass jene Ansicht mit den Quellen übereinstimmt 354—370

§. 5. Gesammtansicht v. S.'s der in §. 4. erläuterten Fragmente 370—373

durch bei §. 9—15. nicht durchaus die Aufeinanderfolge der Zahlen sich ganz genau beobachtet findet, wird der geneigte Leser selbst verbessern können, sollte dies ihm nöthig scheinen, obschon nicht im Mindesten Sinn und Zusammenhang des Textes darunter gelitten haben.

C. v. S.'s Ansichten des factischen und des Rechtsirrthumes in Betreff der condictio indebiti. S. 373—418.

Seite.

§. 1. Ueber den Gerichtsbrauch in der angegebenen Beziehung 373—378

§. 2. Das Röm. Recht in angegebener Beziehung . 378—379

§. 3. Zu l. 1. und l. 11. C. de cond. indeb. — 4. 5. — 379—387

§. 3. b. u. 4. In welcher Maasse wird die der Condiction entgegenstehende Kenntniss ermittelt? . 387—395

§. 5. u. 6. v. S.'s Behandlung der Quellen in Hinsicht auf den error in jure und den in facto hinsichtlich der condictio indeb. 395—418

I.

In wiefern ist man berechtiget zu behaupten es gelte bei uns Röm. Recht?

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

Dem sogenannten Corpus juris civilis geben wir das Prädicat eines fremden in Deutschland recipirten Gesetzbuches, und führen eine gewisse Anzahl historischer Momente an, welche diese Aufnahme sollen herbeigeführt haben, obschon gleichzeitig dem ersten Gebrauche des Röm. Rechtes in Deutschland dasselbe gar nicht für ein fremdes angesehen wurde. Denn die das italienisch-deutsche Mittelalter beherrschende und alle dessen politische Beziehungen durchdringende Ueberzeugung erblickte in dem jedesmaligen Kaiser den wahren und ächten Nachfolger der römischen Cäsaren, in ununterbrochener Reihe von Augustus und Justinian herab. Wenn nun nach dieser Ueberzeugung in dem Laufe von Jahrhunderten wohl die Personen der Regierten und der Regierenden, nicht aber auch deren staatsrechtliche Verhältnisse sich geändert hatten, so waren die Novellen — dies erforderte die Consequenz — einheimische Gesetze, Codex und Pandecten einheimische Gesetzbücher und auch dem Reiche die Institutionen gesetzlich publicirt. Erschienen gleich später entstandenen historischen Ansichten Alterthum und Mittelalter als völlig gesonderte weltgeschichtliche Massen, so erhielt sich doch die allgemein anerkannte Gültigkeit des Röm. Rechtes in ungeschwächter Kraft, obschon nunmehr allerdings die Conse-

quenz anderweit erheischen konnte, das Corpus juris als ein fremdes, jedoch bei uns recipirtes Gesetzbuch zu betrachten. Nachdem aber in gewissen deutschen Ländern Codificationen bestimmt worden sind, dies Gesetzbuch ausser Kraft zu setzen, nennen wir die übrigen entweder, wie die Mehrzahl der Juristen sagt, keiner Codification sich erfreuenden oder, wie andere sagen, damit noch zur Zeit verschont gebliebenen Territorien Länder des gemeinen Rechtes. Allerdings muss es eine eigenthümliche Bewandniss um das Röm. Recht haben, da auch in den Staaten, wo man den Gebrauch desselben gesetzlich aufgehoben hat, die auf Röm. Recht und insonderheit auf Röm. Privatrecht sich beziehende Litteratur in hohen Ehren steht und von Jahr zu Jahr sich in so staunenerregenden Massen vermehrt, dass wenn der intensive Werth nur einigermassen den Cameellasten des Gedruckten entspricht, Deutschland berechtiget ist, unter allen schreibenden Hauptmächten Europa's einen hohen Ehrenplatz schon allein durch diesen Zweig seiner Litteratur einzunehmen. Indess dies Verhältniss fällt von unserer Betrachtung aus, welche wir auf die Länder des gemeinen Rechtes wenden, wo neben dem Gebrauche des Corpus juris sich mit der Zeit ein allgemeines Einverständniss darüber bildete, es bestehe, abgesehen von mancherlei einzelnen, dieses oder jenes Verhältniss auf mehr oder weniger von dem Corpus juris unabhängige Weise ordnenden einheimischen Gesetzen, ein manchen römischen derogirender, oder auch dasjenige, was unter veränderten Umständen darinne obsolet geworden sei, ersetzender usus modernus. Wo nun aber dieser usus modernus anfange oder aufhöre — welche Frage durchaus mit der zusammengefallen wäre, was denn nun eigentlich im Ganzen und Einzelnen das Röm. Recht besage, und was davon gar nicht oder nur mit Modificationen gelten könne, und nach welchen Criterien Geltendes, Abrogirtes und Modificirtes zu erkennen sei, darüber sich Rechenschaft zu geben, empfand Niemand ein Bedürfniss; denn nicht der mindesten Verlegenheit wurde man sich bewusst in allen vorkommenden Fällen nach einheimi-

schen Gesetzen, usus modernus und Röm. Rechte zu entscheiden, obschon Niemand Antwort auf die oben bemerkten Fragen zu geben vermochte. Dass sich in solcher Verfassung um nichts weniger mit den Processen fertig werden liess und Urthel konnten abgefasst werden, deren Entscheidungsgründe, überzeugend auf den Leser wirkend, den Verfassern zu grösster Ehre gereichten, wäre ein beispielloser unglaublicher Zustand, wüssten wir nicht, dass in dem Gebiete der Justiz Justinians Zeitalter eine noch seltsamere Erscheinung zu Tage gefördert hat, indem es der Ueberzeugung lebte, in Codex und Pandecten die bereite Entscheidung ohngefähr ebenso gleich bei der Hand zu haben, als z. B. der preussische Sachwalter keine Lücke in seinem Wissen befürchtet, sobald er Landrecht und Gerichtsordnung nebst dazu gehörigen Registern vor sich stehen hat. Der Name usus modernus ist späterhin so ziemlich verschwunden, nicht aber jener Zustand, in welchem man Recht gewissenhaft in Conformität gewisser Rechtsquellen glaubte sprechen zu können, jedoch nicht im Stande gewesen wäre, über das aus diesen Quellen und deren gegenseitigem Verhältnisse unter einander entspringende Recht befriedigende Auskunft zu geben, hätte Jemand sich das boshafte Vergnügen machen wollen, darüber wirkliche Auskunft, nicht blos deren Stelle vertretende herkömmliche Aussprüche und Redensarten zu verlangen.

§. 2.

Das Dogma von den Quellen unserer Rechtserkenntniss.

Jeden vorkommenden Fall soll der Urthelsverfasser entscheiden, der die Sicherheit dies auch wirklich zu können, in dem Dogma findet: Statut oder provinzielles Recht oder ein Gewohnheitsrecht, das ihm, sollte es nicht in Notorietät beruhen, derjenige nachzuweisen habe, der darauf einen Anspruch oder die Vertheidigung gegen einen solchen gründen wolle, werde die Entscheidungsnorm an die Hand geben, und subsidiarisch könne er sie,

verliessen ihn diese Erkenntnissquellen, im Röm. und im kanonischen Rechte finden.

Ist diese Annahme mehr als eine herkömmliche Meinung? Muss ihr nicht in jedem gegebenen Falle, will sie aufrichtig mit sich selbst zu Werke gehen, die Ueberzeugung von der eignen Hohlheit und Nichtigkeit in die Hand kommen? Erstlich: werden Statut und provinzielles Gesetz nur selten mit dem zu entscheidenden Falle so coincidiren, dass dieser und die Norm sich, so zu sagen, decken. Sobald nun aber die Antwort auf die Frage, ob ein factisches Verhältniss unter diese oder jene Norm zu subsumiren sei, sich nicht so unbestritten wie das Facit eines Additionsexempels ergiebt, tritt das Bedürfniss einer Theorie für Gesetzanwendung ein. Noch keinesweges ist dies Bedürfniss gestillt, wenn der Urthelsverfasser sich eine Theorie über Gesetzanwendung gebildet hat. Denn da er nach Normen urtheilen soll, denen der Beurtheilte das Anerkenntniss objectiver Realität nicht verweigern kann, so ist erforderlich, dass des Richters Theorie über Gesetzanwendung eine allgemein anerkannte sei, eine solche aber besitzen wir nicht; hinlänglich belegt dies der Streit über grammatische und logische, entweder nach Sinn oder nach Absicht des Gesetzgebers ausdehnende oder beschränkende Gesetzauslegung, der zugleich ein Streit über die für Gesetzanwendung geltende Theorie ist. (M. s. Bd. 3. Nr. VIII. S. 123 u. flgde.)

Soll zweitens nach Gewohnheitsrecht gerichtet werden, so stösst man auf nicht minderen Widerstreit der Meinungen, nach welchen Criterien die Existenz eines Gewohnheitsrechtes zu bejahen oder zu verneinen sei.

Hiernächst sind einheimisches, provinzielles und statutarisches, so wie Gewohnheitsrecht, doch nur integrirende Bestandtheile des Gesammtrechtes, das erst durch kanonisches und Röm. vervollständiget wird. Wer aber nicht das Ganze — das Gesammtrecht — mit allseitigem Verständniss durchdringt, ist auch nicht des Verständnisses eines Theiles versichert; und wer hätte sich des kanonischen und des Röm. Rechtes deren ganzem Inhalte nach bemächtiget? Dürfte, wer dessen sich rühmen wollte,

wohl glauben, seine Ansicht von dem Ganzen und dessen Theilen, sei der allgemeinen Zustimmung versichert? ja ist eine solche Zustimmung auch nur denkbar, wo das Ganze in einem Aggregat von Theilen besteht, die unter sich so verbindungslos sind, als es die Aussprüche von Männern sein müssen, welche nicht gleichmässig von höchsten und allgemeinsten Ideen ausgingen? Nur was aus solchen in organischer Entwickelung ist erzeugt worden, kann Gegenstand einer übereinstimmenden Erkenntniss werden. Angenommen ferner, historische und philologische Critik hätte ausser allen Zweifel gesetzt, wie jede Stelle des Codex und der Pandecten, jede sächsische Constitution und Decision im Sinne ihres Verfassers zu verstehen sei, so würde dennoch das Unorganische der unter dem Collectivnamen *geltendes Recht* begriffenen Masse die von dieser Gewissheit zu hoffenden erspriesslichen Folgen sehr beschränken. Denn was ist am Ende wahr, wo alles mit dem gleichen Anspruch für wahr zu gelten, an das Licht getreten ist, aber nur das Wenigste neben und mit einander wahr sein kann? Kein Urthelsverfasser vermag die Wahrheit dieser Bemerkungen zu leugnen. Dass noch keiner sich zu ihren Vertheidiger aufgeworfen hat, ist leicht erklärlich. Das Seltsamste und Unbegreiflichste, wenn es sich Jahrhunderte lang in täglicher Erscheinung vor unsern Augen abspinnt, wird dem durch die Allgewalt der Gewohnheit Getäuschten zu etwas einfach Nothwendigen. Auch fürchtet man die eigne Leistung in Miscredit zu bringen, weil ein solcher Rechtszustand eben so viel Sicherheit der Resultate zu gewähren scheint, als ein Glücksspiel. Uebrigens kann die Vorliebe zu dem eigenen Berufe jeden, *der die eben durch diesen Zustand bedingte Grösse und Würdigkeit desselben verkennt*, abschrekken, auch nur stillschweigend jenen Zustand anzuerkennen. Dass aber die Verweigerung dieses Anerkenntnisses kaum möglich ohne alle gewaltsame Selbsttäuschung sei, dies glaube ich nicht besser demonstriren zu können, als indem ich eines sehr verdienstvollen

Rechtsgelehrten Theorie der Anwendung des Römischen Rechtes einer genauen Critik unterwerfe.

§. 3.

Zu Dr. A. D. Weber's Bemerkungen und allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Römischen Rechtes in deutschen Gerichten (in dessen Versuchen über das Civilrecht und dessen Anwendung. 2te Ausgabe. 1801. S. 3—76.)

Einverstanden ist Weber damit, dass vor den Tagen, in welchen er eine gründliche Theorie für Anwendung des Röm. Rechtes in Deutschland ausarbeitete, das „allgemein anerkannte" Dogma — m. s. a. a. O. S. 12 u. 13 — „Juris romani tantam in foris Germaniae esse auctoritatem, ut in eo se fundans semper fundatam habeat intentionem nec usum et observantiam illius probare debeat," auskunftlos darüber liess, was denn nun in concreten Fällen Entscheidungsnorm nach Röm. Recht sein solle und sein könne. Denn ebendaselbst sagt er: sobald es auf die Anwendung einzelner Gesetze ankomme, wären die Juristen ganz verschiedener Meinung. Der nämliche Schriftsteller, der zu Anfange seines Lehrbuches jenen Satz aufstelle, komme in der Folge bei jeder Gelegenheit mit dem sed hodie secus est; der andere läugne dies, übertrage aber, jedoch eben so wie jener die Motive des verwerfenden Ausspruches schuldig bleibend, denselben auf andere Sätze des Röm. Rechts, von denen der erste behaupte: haec omnia in viridi sunt observantia.

So weit also stimmt mir Weber bei. Wenn ich aber weiter behaupte, die unorganische Natur unserer Rechtsquellen mache eine Theorie für Anwendung derselben unmöglich, so bekennt er sich durch die That zur entgegengesetzten Meinung; denn er will eine solche Theorie geben, und sagt S. 26: „Ich habe den Versuch gemacht, eine vollständige Theorie in folgenden Grundsätzen zu liefern, und durch die beigefügten Erläuterungen nicht nur die Richtigkeit und den wahren Sinn der-

selben ausser Zweifel zu setzen, sondern auch die aus ihrer Vernachlässigung und unschicklichen Anwendung entstandenen Irrthümer und Fehler kennbar zu machen." Leicht aber wird sich nachweisen lassen, dass seine Doctrin eben so unerspriesslich ist, als wenn ein praktischer Philosoph zur Glückseligkeit auf Erden mit der Regel anleiten wollte: mache dass du mit dir, den Mitmenschen und den Fügungen des Schicksals zufrieden seist; nicht aber auch den Hörern zugleich die Einsicht erschlöss, wie man sich jene allseitige Zufriedenheit erwerben könne. Die nähere Betrachtung wird ergeben, dass sein Versuch die begehrte Theorie aufzustellen, nur die Unmöglichkeit des Erfolges beweist. Er giebt *a)* negative Regeln und verordnet, was man bei Anwendung des Röm. Rechts vermeiden solle, *b)* positive, in denen er verordnet, was man thun solle.

Zu *a)*.

Man soll unrichtige, unbestimmte und unvollständige Regeln vermeiden und gegen das unrichtige Verständniss richtiger Regeln auf der Hut sein. Allein (S. 14 u. 15) woran man das Unrichtige, das Unbestimmte und Unvollständige einer Regel erkennen und wie man sich des richtigen Verständnisses der richtigen Regel versichern könne, das erfahren wir nicht. Statt dessen polemisirt er gegen des richtigen Satzes: einheimische Gesetze gehen den auswärtigen vor, falsche Anwendung, die alsdann eintrete, wenn man, kraft des bemerkten Satzes, uns alles dasjenige aufwälzen wolle, dem kein einheimisches Gesetz entgegenstehe. Es ist der Mühe werth Wort für Wort die entschiedenen Unrichtigkeiten, schiefen und halben Wahrheiten zu verfolgen, womit Weber diese enge, die Aufgabe nicht entfernt erschöpfende Polemik durchführen will.

„Mit der Aufnahme des Justinianeischen Rechts ist" (so W.'s Worte) „die ganze Regimentsverfassung und politische Einrichtung der Römer keineswegs zu uns übergegangen, und der Deutsche hat sicher nicht die Absicht gehabt,

den ganzen Inbegriff seiner Rechtsgeschäfte nach römischen Grundsätzen umzuformen."

Gilt das Corpus juris als Gesetzbuch, was Weber nicht bezweifelt, so ist auch die Umformung der Rechtsgeschäfte nach römischen Grundsätzen gesetzliches Gebot. Nun ist man zwar darüber einverstanden, dass jene Umformung keine totale ist. Allein diese Negative ist eine völlig nichtssagende, sobald wir nicht wissen und nicht zu ermitteln vermögen, wo die Nichtumformung aufhört und von der Umformung begränzt wird. An welchen Individuen sollen ferner wir den Deutschen in abstracto erkennen, der nur das eine und nicht auch das andere umzuformen beabsichtiget habe?

„Es versteht sich also wohl von selbst," fährt W. fort, „dass Verordnungen, welche auf Grundsätzen beruhen, die man in Deutschland nie anerkannt hat, oder deren Gegenstand bei uns wegfällt, in deutschen Gerichten gar keine Anwendung leiden."

Welche unendliche, nicht von dem emsigsten Forscher zu beantwortende Frage, ist die Frage nach demjenigen, was in Deutschland einerseits nie, und was andererseits in Deutschland ist anerkannt worden? Ist nur dasjenige anerkannt, was documentirter Maassen jemals die Zustimmung von ganz Deutschland oder doch der Gesammtheit seiner juristischen Behörden gefunden hat, oder auch dasjenige, wozu einmal hier oder da in Deutschland die Zustimmung ist gegeben worden? Ersteren Falles wird sehr wenig, im letzteren Falle des Abgeschmackten mehr als billig anerkannt sein.

Ferner: Verordnungen sollen wegfallen, die auf Grundsätzen beruhen, deren Gegenstand bei uns wegfalle.

Einen langen Katalog könnte man Webern von Stellen entgegensetzen, wo es ihm schwer sollte geworden sein zu beantworten, wie weit der Grundsatz und wie weit dessen Gegenstand sich erstrecke. Z. B. in l. 7. §. 9. de donationibus int. v. e. ux. (24. 1.) erwähnt Ulpian des Falles, wo ein Mann der Ehefrau einen Sclaven unter der Bestimmung schenkt, sie solle denselben bin-

nen Jahresfrist manumittiren. Hieran schliessen sich in l. 8. folgende der Inscription nach aus Gajus Lib. XI. ad edictum provinciale entnommene Worte: Si, antequam servus manumittatur, morte aut divortio solutum fuerit matrimonium, resolvitur donatio; inesse enim conditio donationi videtur, ut manente matrimonio manumittatur. Wie verhalten hier sich Grundsatz und Gegenstand desselben? Wenn eine Frau einen Sclaven erhält unter der Bestimmung, sie solle demselben binnen Jahresfrist die Freiheit schenken, so ist ihr Verhältniss zu dem Geschenke auch dann kein wesentlich anderes, wenn sie von dem Manne mit einem Grundstücke sollte beschenkt worden sein, und sich verpflichtet haben, binnen Jahresfrist dasselbe anderweit an Maevius zu schenken. Lässt oder lässt nicht unter solchen Umständen sich ebenfalls sagen: Si, antequam fundum Maevio donationis causa tradiderit, morte aut divortio solutum fuerit matrimonium, resolvitur donatio a marito uxori facta; inesse enim ei conditio videtur, ut manente matrimonio ulterior fundi donatio in Maevium conferatur?

„Nichts," fährt W. weiter fort, „ist aber an sich unnöthiger, als dergleichen Röm. Gesetzen erst besondere einheimische Rechte entgegen zu stellen, obgleich unsere Vorfahren, von einem irrigen Wahn geleitet, sich nicht anders zu helfen wussten. Bei den Römern fand z. B. aus blossen Verträgen keine Klage Statt. Dies gründete sich auf das besondere Formularwesen, welches fast bei allen ihren gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften zur Norm diente. Da aber der Deutsche jenes nie eingeführt hat, so sind natürlicher Weise bei uns die blossen Verträge, was sie schon nach dem Rechte der gesunden Vernunft sind, vollkommen verbindlich."

Aus blossen Verträgen sollen bei den Römern keine Klagen statt gefunden haben. Will Weber dies consequent durchführen, so ist die grosse Masse Röm. Rechts, die durch actiones praescriptis verbis oder in factum volle Geltung fand, mit einem Wurfe über Bord geschleudert. M. s. l. 1. pr. de praescr. verb. (19. 5.) Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus

actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. Beachtenswerth sind hier die Worte: *paucis agam.* Sie erklären, dass das Gebiet der act. praescr. verb. nicht ermessen, und das unter solcher Klagrubrik garantirte Recht nicht soll erschöpft werden. Auch hätte dies Ulpian nicht vermocht, welcher, wie alle römischen Juristen, Virtuos in der Casuistik, gar nicht das Bedürfniss empfand, auf dem Wege der Abstraction, die möglichе Casuistik in übersichtlichen Massen allgemeinen Entscheidungsnormen unterzustellen. Höchst merkwürdig ist in dieser Beziehung das Fragment des Paulus Ausspruch in l. 1. de R. J. Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat; *non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.* Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae conjectio est, quae, simul quum in aliquo vitiata est, perdit officium suum. Wo nun also, in Sätzen die blos auf Empirie der Praxis beruhten, die Entscheidungsnorm finden für diejenigen übergangenen neuen Geschäfte, welche jeder Tag in das Leben ruft?

Das Bewusstsein, bei uns sei das römische Formelwesen obsolet, ist kein Leitstern um zwischen dem zu unterscheiden quod hodie secus und dem quod viridis adhuc observantiae est. Schon zu Justinians Zeiten war es obsolet und doch hat der Kaiser durch die Aufnahme in die Pandecten als zu gelten bestimmtes Recht eine Menge von Stellen aus alten Juristen bezeichnet, die ohne jenes Formelwesen nie wären niedergeschrieben worden. Dies gilt unter andern von den Titeln I—X. des 41sten Buches, die grösstentheils nur die Tendenz haben, die Voraussetzungen festzustellen, unter denen durch Usucapion Quiritarisches Eigenthum konnte erlangt und demnach bei der Vindication die entsprechende Formel gebraucht werden. Also hat in und mit diesen Fragmenten entweder schon Justinian obsoletes Recht publicirt, und damit seine Gesetzgebung als eine völlig kopflos ausgeführte so gebrandmarkt, dass man nur noch mehr an aller Möglich-

keit eines zweckmässigen Gebrauches derselben verzweifeln muss, oder der Abschaffung des Formelwesens ohnerachtet verstatten jene damit im engsten Zusammenhange stehende Fragmente noch jetzt eine Anwendung.

Das Recht der gesunden Vernunft, auf welchen in den Köpfen der verschiedenen Individuen sich verschiedentlich gestaltenden Proteus Weber immer und immer als letzten Helfer in der Noth zurückkömmt, hier unerwähnt lassend, bemerke ich nur, dass wir unleugbar noch jetzt dem wesentlichen Sinne des Wortes nach stricti juris Contracte haben. Sobald ohne zugleich vorliegende causa debendi soviel liquid ist, dass jemand eine Verbindlichkeit übernommen hat, die weder Kläger noch Beklagter als eine Schenkung prädiciren (erzwingbar nach Wechselrecht geleistete Zusagen sind die gewöhnlichsten, nicht aber die einzig und allein vorkommenden Formen solcher Verhältnisse) kann der Richter von dem Titel de Verb. obligat. (45. 1.) gar guten Gebrauch machen; namentlich in Beziehung auf Auslegung der Worte des Vertrages; wäre z. B. alternativ eine schwerere und eine leichtere Verbindlichkeit übernommen, so würde l. 12. tit. all. *) zur Anwendung kommen **). Der Richter findet daselbst die Auslegung der Worte, auf welche in solchem Falle alles ankommt, durch zahlreiche Präjudize normirt, denen er, glaubt er nicht des Scharfsinns römischer Juristen in Beurtheilung des Concreten sich ohnehin versichert, er gern das eigene Urtheil conformiren wird. Findet sich

*) Si ita stipulatus fuero: decem aut quinque dari spondes? quinque debentur; et si ita: Kalendis Januariis, vel Februariis dari spondes? perinde est, quasi Kalendis Februariis stipulatus sim.

**) Auch sieht man nicht ein, was die Anwendbarkeit folgender Fragmente ausschlösse, l. 2. §. 5. Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes ejus, sed familiae erciscundae judicio ab eo repetent, quod praestiterint; hoc et Julianus et Pomponius probant.

§. 6. Contra autem, si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio, an

ferner, dass eine Zusage nur in Compensation einer unmöglich gewordenen Gegenleistung gemacht ist, so kann der Titel de condictione sine causa (12. 7.) und ist die Zusage durch Arglist oder Gewalt erlangt worden, dasjenige was das Röm. Recht über die exceptio doli mali enthält, erspriessliche Dienste leisten. Der materielle Gehalt des Geschäftes bleibt unberührt von der Formel, mittelst welcher der Judex pedaneus zur Cognition über Verb. obligat. instruirt wurde.

Somit verräth es wenig Gründlichkeit an Obsoletheit der sämmtlichen stricti juris Contracte und insoweit ausfallende Anwendbarkeit des Röm. Rechts zu glauben.

S. 16. Hüten soll man sich aus Missverständniss des Inhaltes der Quellen den wahren Grund und die eigentliche Absicht des Gesetzes zu verfehlen, und

S. 18. nicht durch Vernachlässigung der zu gründlicher Theorie des Röm. Rechtes erforderlichen Hülfswissenschaften sich ausser Stand setzen, den wahren Gegenstand des Gesetzes anzugeben, wobei Weber sich auf den beistimmenden in folgenden Worten enthaltenen Ausspruch Menke's beruft: vana est sine antiquitatum cognitione juris scientiae jactatio. Neque ulla pars jurisprudentiae his fontibus carere potest.

Wer in der Absicht den zweckmässigen Gebrauch eines Gesetzbuches zu befördern, solcher Art Regeln giebt, der muss, sobald man ihn zu näherer Betrachtung

pro parte ejus, qui prohibitus est; nam si poena stipulationi adjecta sit, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur; si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantum, qui prohibitus est, committetur stipulatio.

l. 3. pr. Idem juris est et in illa stipulatione: mihi heredique meo habere licere?

§. 1. Sed haec differentia illam habet rationem, quod ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cujus nihil interest, nisi poena subjecta sit; nam poena subjecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cujus intersit. Enim vero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes, interest enim prohibiti, a nemine prohiberi.

des damit Gesagten nöthiget, eingestehen, dass das Gesetzbuch gar nicht als Gesetzbuch zu gebrauchen ist. Keine Rede, welche mit der Absicht Gesetz zu sein ist abgefasst worden, wird so ganz schlecht sein, dass der gebietende, verbietende oder verstattende Ausspruch nur Zweifel darüber liesse, was der Gesetzgeber gewollt habe. Eckelhaft weitschweifig und in vielen Fällen sehr unzweckmässig — z. B. das Gebot der gerichtlichen Insinuation der einen gewissen Betrag übersteigenden Schenkungen — und also schlecht genug, lassen dennoch sämmtliche Novellen und Decisionen des Justinian deutlich genug erkennen, was er den Worten nach hat sagen wollen, und einzig und allein darum hat der Richter sich zu bekümmern, insoferne ihm nicht verfassungsmässig die Befugniss zusteht, in concreten Fällen die Gesetze ergänzende oder modificirende, mit andern Worten: der Sache nach gesetzgebende Gewalt zu üben. Nur in den seltenen Fällen, wo der Sinn eines Gesetzes dunkel geworden ist, im Lauf der Zeiten (m. s. Bd. 1. S. 78 u. 79) die Bedeutung, in welcher der Verfasser die Worte gebraucht hat, untergegangen und von einer andern ist verdrängt worden, erfordert die Erkenntniss des Sinnes der Gesetze eine weitere Vorlage als das Gesetz selbst. Die grosse Präcision des Ausdruckes in dem, was die Pandecten an eigentlich so zu nennenden Gesetzen enthalten, — man nehme z. B. die lex Aquilia und das Marktedict der Aedilen — reicht selbst bei einem mittelmässigen Grade von Sprachkenntniss aus, dem grammatischen Verständnisse vollkommen gewachsen zu sein. Dagegen besteht alles Uebrige was das Corpus juris enthält, der allergrössten Mehrzahl nach in casuistischen Bemerkungen der Juristen und in kaiserlichen Rescripten. Nicht selten aber vermissen wir hier die Angabe, wenigstens die vollständige Angabe des Falles, der zu entscheiden war und der die Entscheidung motivirenden Maximen, und so ist derjenige, welcher aus einer Stelle der Pandecten oder des Codex sich vergegenwärtigen will, von welchen rechtlichen Grundansichten der Verfasser ausgegangen, d. h. was in der gegebenen Beziehung Rechtens gewesen sei, häufig in der Lage eines Bildhauers, der eine antike Statue

ergänzen soll, von der ihm nur der Rumpf übrig geblieben ist, ja in einer noch schlechtern Lage. Denn Anatomie und der in dem Fragmente selbst sich aussprechende Typus des Ganzen dient jenem Restaurator zu einer nach unveränderlichen Gesetzen leitenden Norm. Wie soll man sich aber einen halbausgesprochenen juristischen Fall, eine Zufälligkeit, reconstruiren, wie sich darüber klar werden, ob in der Anwendung des gegebenen Rechtes ein Jurist mehr oder weniger rigoristischen Ansichten gefolgt sei? Ist nicht aller Gebrauch des sogenannten Gesetzbuches, als Gesetzbuch vernichtet, wo Grund und eigentliche Absicht der Rechtsnorm über ihre Anwendbarkeit entscheiden sollen, jedoch Grund und Absicht derselben zu erkennen eine intentio praepostera wird, weil wir erst, wo möglich, die Rechtsnorm selbst entdecken sollen?

Nun zu dem empfohlenen Studium der Rechtsalterthümer. Der Rechtszustand umfasst all und jede Aeusserung des praktischen Lebens und somit sind die Rechtsalterthümer der umfassendste Bestandtheil dessen was wir Antiquitäten nennen. Welches immense, nie zu ermessende Gebiet wird somit eine Hülfswissenschaft der Rechtswissenschaft! Noch mehr erweitert vor unsern Blicken sich diese Endlosigkeit, wenn wir erwägen, dass das Alterthum nicht ohne Erkenntniss des Gegenwärtigen möglich ist, indem wir ja nur durch beider Vergleichung die Differenz zwischen beiden, das eigentlich Alterthümliche uns veranschaulichen können, wie es z. B. Niemand gelingen wird, durch Betrachtung antiker Sculptur, Metrik oder Redekunst mehr als todte Notizen zu erlangen, sollte ihm der Sinn für jene Aeusserungen des menschlichen Geistes verschlossen da sein, wo sie mit voller Fasslichkeit des Gleichzeitigen und Gegenwärtigen entgegentreten. Ist nun die Zuverlässigkeit unsrer Rechtskenntniss abhängig von dem umfassendsten antiquarischen Studium, das noch Niemand auch nur in einer vereinzelten Beziehung vollständig und bis zu einem allgemein anerkannten Resultate erschöpft hat, und haben wir demohngeachtet Jahrhunderte lang Röm. Recht anzuwenden gesucht, so ist so viel gewiss, dass in tausendfachen

Beziehungen dieser Glaube nur ein verjährter Irrthum sein kann.

Indess angenommen, unsere Literatur des Röm. Privatrechts, die, so sollte man meinen, keine andere als diese Aufgabe haben kann, klärte uns vollständig darüber auf, was denn nun wirklich das Röm. Recht nach allen Beziehungen mit sich gebracht habe, werden wir solchenfalls das richtig Erkannte ohne anderweiten Grund in Anwendung setzen können, ja dürfen? Schwerlich daraus wieder zu entfernender Weise werden unzählige Rechtsirrthümer in unsern Rechtszustand verwebt sein; denn unsere Art und Weise das Corpus juris zu gebrauchen, führt auf die Zeit der Glossatoren zurück, während der Begriff Antiquitäten und Rechtsantiquitäten und antiquarische Studien bekanntlich viel jünger sind, und es keine die Tage des Accursius auszeichnende Eigenthümlichkeit war, im Stande zu sein, bei legitimatio per oblationem curiae sich unter Curie den kaiserlichen Hof vorzustellen. So sind im Laufe der Zeiten ohnfehlbar unsägliche Verkehrtheiten in hohes Ansehen gekommen. Lässt sich aber alles reformiren was verkehrt ist, lässt es sich blos in Folge der Interpretation einer Schrift des Alterthums reformiren? Auf ein die Verneinung dieser Frage rechtfertigendes Beispiel leitet mich Webers Erwähnung einer Aeusserung Böhmers in dessen Buche: de actionibus Sct. 2. cp. VI. §. 22. Est intuitu pupilli actio rationibus distrahendis magis rei persecutoria, et duplo id quod ejus interesse poterat continetur. L. 1. §. 20. D. de tutel. et rat. distr. Ideo enim legis dupli praestationem constituisse videntur, quo pupillus id, quod interest, probare haud teneatur. Nec absolute ejus praxin negaverim, quum longe utilius pupillo sit, duplum lege definitum petere, quam interesse probare. Dass dasjenige, was wir eine Lehre von praestatio ejus quod interest nennen, keinen Anspruch auf den Namen einer Theorie machen darf und häufig grosses Aergerniss giebt, darüber sind alle Praktiker einverstanden, nur dass sie ihre Meinung euphemistisch auf die Bemerkung beschränken, in allen Fällen sei eine Schädenklage das misslichste Ding von der Welt. Ich habe gezeigt wie

einfach durchgreifend und beifallswürdiger Weise die Römer das id quod interest wenigstens bei der actio emti behandelten (Bd. 3. Nr. XIII. S. 289 flg.). Fest überzeugt bin ich aber, würde ein Beklagter, der ein Grundstück für 1000 Thlr. verkauft, dann aber und zwar noch vor der Uebergabe das nemliche Grundstück an einen andern Käufer für 1200 Thlr. verkauft und dem zweiten Käufer Natural- und Civilbesitz eingeräumt hätte, verurtheilt, dem ersten Abnehmer 1000 Thlr. zu bezahlen und ausserdem gleich viel an bereits erhaltenem Kaufpreis zurückzugeben, so würden allgemeine, nicht ungegründete Beschwerden erhoben werden; denn wie kommt Jemand dazu, der erste zu sein, der an sich die grosse Energie des Röm. Rechts erproben soll?

So resultatlos sind die negativen Vorschriften der Weberschen Theorie. Die sechs positiven Regeln derselben erörtere ich in nachstehenden Paragraphen.

§. 4.

Nur derjenige Inhalt (so W.'s erste Regel) des Röm. Rechtes soll zur Anwendung kommen, welcher in wirklich gesetzlichen Vorschriften besteht.

Natürlich meint damit Weber nicht das ausserordentlich Wenige, was, gleich bei seinem Entstehen bestimmt Gesetz zu sein, späterhin auch in das Corpus juris ist aufgenommen worden (solchenfalls würde es noch kein Schreiberkunststück sein, das Röm. Recht auf einige Quartblätter zusammenzudrängen) sondern es will hier Weber als Gesetz alles angesehen wissen, was, indem man es dem Corpus juris einverleibte, eben dadurch bestimmt wurde nunmehr Gesetz zu sein, also eine Unzahl von Aussprüchen der Juristen und Rescripten der Kaiser, dies jedoch mit einer gewissen Distinction. Gesetze, lehrt W., könnten nur den äusseren freien Handlungen der Menschen Normen ertheilen, Verstand aber und Ueberzeugung lasse sich keinem gesetzgebenden Willen unterwerfen. Darum soll unverbindend für uns sein, alles was dem Systeme der römischen Jurisprudenz angehöre, Worterklärungen,

Definitionen, Eintheilungen, allgemeine Grundsätze, Cautelen u. s. w. (S. 26—33) und von alle dem der heutige Jurist nur so viel anzuerkennen gehalten sein, als ohnehin die Vernunft mit sich bringe. Als Beispiele, wie die Römer gar manches gelehrt hätten, was nach gesunder Vernunft unhaltbar sei, werden die Sätze bezeichnet, welche die occupatio bellica den modis adquirendi rei nullius beizählen, Eigenthum nicht durch blossen Vertrag und das Eigenthum der specificirten Sache durch die Specification von dem Eigenthümer auf den Specificirenden übergehen lassen. Jedoch den Consequenzen aus den unrichtigen Prämissen sollen wir uns fügen müssen, insoweit diese Consequenzen in dem Corpus juris documentirter Maassen sind zu Gesetzen geworden, also durch occupatio bellica Eigenthum entstehen, durch Specification dasselbe erlöschen und durch blossen Vertrag übergehen soll. Jedoch scheint es, als wolle Weber, das Criterium der gesunden Vernunft an die römischen Begriffe legend, andrerseits auch die Consequenzen aus nicht gesundvernünftigen Begriffen verwerfen, wären sie selbst gesetzlich durch das Corpus juris sanctionirt; denn er sagt auch: obschon uns die im Justinianeischen Rechte vorkommenden Lehrsätze und Begriffe nicht als Gesetze verbänden, so müssten wir doch, wenn sie sonst richtig wären, sie auch mit ihren wesentlichen Folgen als wahr und gegründet anerkennen; also — das folgt a contrario — die auf verwerflichen Prämissen sich stützende Consequenzen verwerfen, dafern dieselben sich nicht aus andern als verwerflichen römischen Vordersätzen deduciren liessen. Diesen Widerspruch vermag man nur dadurch zu lösen, dass man seine Regel also fasst: was an Consequenzen aus nicht gesundvernünftigen Prämissen sich im Corpus juris an Rechtssätzen vorfindet, das ist Gesetz, denn insoweit stat pro ratione voluntas. Allein noch mehrere und andere Consequenzen daraus zu ziehen, dies verbietet uns die Vernunft.

Man versetze sich in die Lage eines Juristen, der nach dieser Regel ein Urthel auf das Corpus juris basiren soll.

In den meisten Fällen hört es auf Entscheidungsnorm geben zu können, wenn wir seine auf ein und dasselbe Institut sich beziehenden casuistischen Aussprüche nicht auf allgemeinste diesen zu Grunde liegende Rechtsansichten zurückführen und nach diesen entscheiden, wie viele oder wie wenige derjenigen Fragmente sein mögen, die uns jene Rechtsansichten in Anwendung gebracht zeigen. Welche Verwirrung in dem Rechtszustande, wenn wir z. B. Eigenthum durch Uebergabe nur in den Fällen übergehen liessen, in denen wir eine den concreten Fall völlig deckende Casuistik der Pandecten vorfänden, in allen andern aber, wo wir nach einer solchen Deckung uns vergeblich umsähen, den blossen Vertrag für ausreichend erachteten!

Nun aber ein Wort über die gesunde Vernunft, auf welche W. so sehr provocirt, dass man unwillkührlich an die Worte des Descartes im Anfange des „discours sur la méthode“ erinnert wird: „Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée: car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter dans toute autre chose, n'ont point coûtume d'en désirer plus qu'ils n'en ont.“ Doch hierüber nur soviel als ausreichen wird, um die Repräsentanten der vorlaut gegen das Röm. Recht sich brüstenden gesunden Vernunft einzuschüchtern. Was kann vernünftiger sein, als die römische Theorie von der occupatio bellica! Der unter Völkern, wenn irgend, nur auf Verträgen beruhende Rechtszustand ist mit dem Kriege aufgehoben, und auch im Kriege wäre dieser Rechtszustand nicht aufgehoben, wenn die Aufhebung nicht in Beziehung auf jeden einzelnen des feindlichen Volkes durchgeführt würde. Demnach erkennt der Feind kein Eigenthum des Feindes an. Noch ist unter den civilisirtesten Völkern Europa's diese Ansicht in viridi observantia, denn was auf unveränderlichen Wahrheiten beruht, bleibt ewig im Gebrauch. Wenn bei uns der Feind seinen Soldaten das Beutemachen verbietet, so thut er es nicht in Folge einer Rechtsansicht, sondern weil er in Form von ordnungsmässigen

Requisitionen und Contributionen mehr zu erlangen vermag, als dann, wenn alle auf einmal zugreifen und bald Niemandem etwas zu fassen übrig bleibt, weil die Reproduction vernichtet, der Stamm umgehauen ist, von dem man von Zeit zu Zeit von Neuem hätte Früchte brechen können. So ist es noch jetzt jus gentium d. h. allgemeine Ansicht jedes Kriegführenden: dein ist das Eigenthum der Feinde, so weit es dir erreichbar ist. Nicht liess sich aber darum der Römer die Absurdität in den Sinn kommen, dass er um das Recht an der Sache gekommen sei, die ihm abgebeutet, also durch ein blos factisches Verhältniss entzogen war. Sobald auf dem Wege des Verkehrs der Sclave, den z. B. der Parther erbeutet hatte, wieder in den Bereich römischer Gerichte gelangte, konnte der gewesene Eigenthümer denselben ungehindert vindiciren, musste jedoch dem Besitzer den Einkaufspreis ersetzen, durch dessen Erlegung der Besitzer sich gleichsam unbewussterweise zu des Eigenthümers negotiorum gestor gemacht hatte, indem wenn Niemand den Sclaven wieder von dem Parther gekauft hätte, derselbe natürlich auch nimmermehr wieder in des alten Herrn Bereich gekommen wäre. (M. s. Bd. 1. Nr. VII. S. 25 flgd.) Was kann vernünftiger sein?

Ist ferner vernünftig, was mit Nothwendigkeit aus der Natur der Sache hervorgeht, so ist es auch der Verlust des Eigenthums durch Specification. Die Bedeutung des Wortes genau, nicht in dem allgemeinen Sinne von Vermögen genommen, ist Eigenthum nur an einer körperlichen Sache möglich, kann also auch die Vindication oder Eigenthumsklage nur gegen den Besitzer eben der Sache erhoben werden, deren Besitz mir rechtswidriger Weise ist entzogen worden. Ist nun das mir gehörige Mahagonyholz unbefugterweise zu Möbeln verarbeitet worden, so existirt meine Sache nicht mehr, denn obschon aus jenem Stoffe verarbeitet, sind doch die Möbeln eine ganz andere Sache als jener rohe Stoff. Also kann ich die Sache nicht vindiciren, sondern nur auf Ersatz des Werthes klagen, der in Gestalt der untergegangenen Sache dem Complexe meines

Vermögens durch widerrechtliches Verfahren ist entzogen worden, und bekanntlich steht dies nach Röm. Rechte mir frei.

Eben so lässt sehr leicht dessen Rationalität sich nachweisen, in Hinsicht auf die traditio als nothwendige Bedingung des Eigenthums, das durch Kauf, Tausch u. s. w. übergehen soll. Der Verkäufer, mit dem ich einig werde für 100 Thlr. dessen Pferd zu erhalten, hat zunächst nur eine bedingte Verbindlichkeit übernommen; denn höchst vernünftiger Weise ist er nicht schuldig das Pferd vor Zahlung des Kaufpreises auszuantworten. Es bedarf also eines Actes, welcher, wenn der Anspruch auf die Uebergabe zu einem unbedingten geworden ist, in Liquidität setzt, dass die bedingte Verbindlichkeit zu einer unbedingten ist geworden, und welcher andere wäre dazu geeigneter als die Tradition, die auch dann schon für erfolgt angesehen wird, wenn ich zahle und der Verkäufer erklärt, nunmehr nicht in eignem Namen, sondern in dem meinigen zu besitzen. Wollte man mir gestatten, was ich von einem andern gekauft, nicht aber von ihm übergeben erhalten, von dem dritten Besitzer zu vindiciren, so könnte ich als legitimirt hierzu nur unter der Voraussetzung gelten, dass ich bewiese, durch Erfüllung meiner Verbindlichkeit gegen den Verkäufer, dessen bedingte Verbindlichkeit in eine unbedingte verwandelt zu haben; allein man sieht ohne weiteres, dass zwischen mir und Lucius, dem dritten, nicht ausgemacht werden kann, ob ich Verbindlichkeiten gegen den Verkäufer Titius erfüllt habe. Nur dessen eigner anerkennender Act, oder ein in Folge Processes zwischen mir und Lucius gegebener Rechtsspruch, der diesen Act ergänzt, vermag die bemerkte Lücke auszufüllen.

In jeder der bezeichneten Hinsichten hat also W. sehr voreilig seine subjective gesunde Vernunft dem Röm. Rechte entgegengestellt.

§. 5.

Fortsetzung.

Sind die Stellen des Corpus juris nur insoweit Gesetze, als die Verfasser darinne die Meinung oder den Willen erklären, damit eine geltende Rechtsnorm ausgesprochen zu haben, so sind allerdings — W. verbindet S. 35 diese Bemerkung mit der ersten Regel — nur die sogenannten verba dispositiva, nicht auch die relativa unsere Gesetze. Diese in thesi wahre und dem Anscheine nach fördernde Regel findet durch die Organisation des Corpus juris, in dem kein Begriff logisch erschöpft wird, so dass die Bedeutung eines jeden Rechtsinstitutes nicht anders als durch Abstraction von einer zusammengewürfelten Casuistik erlangt werden kann, nur precäre Brauchbarkeit. Man nehme z. B. l. 1. pr. de m. c. donat. et cap. Kein Mensch wird es für eine treffende Definition der m. c. donatio erachten, wenn der hier zu lesende Ausspruch ihm sagt: mortis causa donatio est, quam quis se habere mavult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum. Denn das nämliche lässt sich auch von dem Legate und Fideicommisse sagen. Sind nunmehro wohl die darauf folgenden in §. 1. eleganterweise, dass eine solche Schenkung schon im Homer vorkomme, berichtenden Worte (sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo) um deswillen, weil sie nur berichtende sind, einflusslos auf Erkenntniss desjenigen, was den Römern m. c. donatio war und wir nach den dessfalls von jenen angenommenen Grundsätzen beurtheilen sollen? Muss nicht die schlechte Bestimmung dessen, was m. c. donatio ist, berichtiget und ergänzt aus dem Beispiele werden?

Von den Beispielen, welche W. giebt, um zu beweisen, wie die Vermengung von verbis relativis mit dispositivis zu Missverständnissen geführt habe, hebe ich nur eines hervor, an dem eine besondere Schwierigkeit sich nachweisen lässt, die sich der Anforderung entgegen stellt, richtig erkanntes Röm. Recht zu gebrauchen.

Bis auf J. H. Böhmer hat man in l. 11. §. 18. de act. emt. vend. verba relativa und dispositiva auf eine Weise

vermengend, vor der, sollte man meinen, völlig gesichert ein jeder wäre, der eine lateinische Stelle auch dann zu verstehen fähig ist, wenn das Verständniss derselben allerdings die Kräfte des angehenden Tertianers übersteigen könnte, in dem Justinianeischen Rechte etwas gelesen, was zu verwerfen jene Stelle ausdrücklich bestimmt und nie von einem römischen Juristen mit voller Bestimmtheit ist behauptet worden, und überdies solcher Art ist, dass die Verehrung des Röm. Rechts die Gefahr hätte abwenden sollen, so etwas in das Corpus juris hineinzulesen. Obschon in dem Resultate, doch nicht völlig in der Exegese, durch die ich es gewinne, mit Böhmer übereinstimmend, wiederhole ich hier die Erklärung der Stelle.

Qui autem habere licere vendidit, videamus, quid debeat praestare; et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare ne alius evincat, proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus libro quinto decimo Digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti quum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit; sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi

forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo fecit*).

Ulpian ist in der Inscription als Verfasser des Fragmentes angegeben; demnach lesen wir darinne, insoweit nicht aus dem Fragmente das Gegentheil hervorgeht, nur

*) Da es mir hier darauf ankommt, mich der Beistimmung der Philologen versichert zu halten, so füge ich einiges bei, was man keinem Juristen zu sagen braucht. Wenn Lucius etwas dem Titius verkauft und übergeben hat, es findet sich aber dann, dass zur Zeit des Verkaufes nicht der Verkäufer Lucius, sondern ein Dritter, Cajus, Eigenthümer war und noch jetzt ist, und es wird Titius auf dem Wege des Processes genöthiget die Sache dem Cajus auszuantworten, dann muss Lucius dem Titius Eviction leisten, d. h. demselben nicht nur den Kaufpreis zurückgeben, sondern auch ersetzen, was Titius durch den Verlust der Sache einbüsst. Diese eventuelle Verbindlichkeit des Verkäufers kann unter gewissen Bedingungen wegfallen, namentlich und der Natur der Sache nach, wenn der Verkäufer etwas, das noch zur Zeit Niemandes Eigenthum ist und sein kann, so z. B. ein Fischer dasjenige verkauft, was sich in dem ausgeworfenen Netze werde gefangen haben; ebenso, nur aus andern Gründen, wenn der Pfandgläubiger das Pfand verkauft, um zu seiner Befriedigung zu gelangen. Denn hier weis der Käufer, dass er nicht von dem Eigenthümer kauft; doch haftet dem Abkäufer auch der verkaufende Pfandgläubiger de evictione, wenn er gewusst hat er verkaufe, was zu verkaufen der Schuldner ihm keine Befugniss geben konnte, weil derselbe, statt Eigenthümer des Pfandes zu sein, eine fremde Sache versetzte. M. s. l. 11. §. 16. de act. emt. vend. Sententiam Juliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque; nam si jure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex emto actione creditor, hoc enim multis Constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor praestabit; denique etiam repromittet de dolo, sed etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam, vel non esse ejus, qui sibi obligavit, vendiderit, tenebitur ex emto, quia dolum eum praestare debere ostendimus. Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung konnte durch besondere Verabredung gewisse Modificationen erleiden, z. B. dass in Folge von dem Käufer erlittener Eviction derselbe mehr nicht als die Rückgabe des Kaufpreises sollte zu fordern berechtiget sein. Andrerseits liess aber auch nicht selten der Käufer sein eventuelles Recht Evictionsleistung zu fordern von dem Verkäufer im Voraus mittelst besondern Vertrages besonders anerkennen. Die Zusage, nichts werde den Käufer im Besitz und in beliebiger Verfügung über die Sache stören (habere licere), war die für ein solches Anerkenntniss übliche Form.

was Ulpian gesagt hat, und also sagt bis ex emto non tenebitur jedenfalls nur er allein Folgendes: Was hat (im Falle dass der Abkäufer Eviction erleidet) derjenige zu leisten, der die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ausdrücklich übernommen und zu dem Ende versprochen hat, der Käufer werde im Besitz und Verfügung über die Sache keine Störung erfahren? Ulpian erklärt: man habe zu unterscheiden, ob der Verkäufer, gleichviel ob mittelst Stipulation oder insolennen Vertrages blos die Garantie übernommen, weder er werde jemals Ansprüche auf das Grundstück machen, noch ein Andrer in Gemässheit von ihm, dem Verkäufer, auf diesen Andern übergegangenen Rechtes, z. B. Erbschaft, Schenkung u. s. w. oder ob der Verkäufer die Garantie übernommen, es werde überhaupt Niemand Anspruch auf die Sache machen. Ersteren Falles leiste der Verkäufer keine Eviction und sei schlechterdings kein Regress gegen denselben begründet, wenn ein Fremder die Sache evincire. Dann wird die Meinung des Julian referirt, welcher selbst für den Fall, wo der Verkäufer sich schlechthin bedungen hatte, unter keiner Voraussetzung zur Evictionsleistung gehalten sein zu wollen, dem Käufer das Kaufgeld will zurückgegeben sehen und nur ein Mehreres zu fordern denselben für unberechtiget hält.

Die folgenden Worte: neque enim bonae fidei bis venditor retineret, sind grammatisch angesehen keine verba relativa, denn Ulpian sagt nicht „contractum hanc pati conventionem“ sondern „contractus hanc patitur conventionem.“ Demnach stellt Ulpian selbst als Grund für jene Meinung den Satz auf: gegen die bonam fidem laufe eine Uebereinkunft, wodurch der Käufer in die Lage kommen könne rem et pretium zu verlieren. Allein auch Julian muss denselben Entscheidungsgrund ausgesprochen haben, denn sonst könnte Ulpian nicht referiren „*nisi*, inquit.... ab aucupe.“ Also hat Julian bemerkt: gegen die allgemeine auf jeden Vertrag de non praestanda evictione zu verstattende Anwendbarkeit des Satzes: bonam fidem non pati hanc conventionem ut emtor rem amitteret et venditor pretium retineret, lasse sich der

Zweifel erheben, dass man einen solchen Vertrag wie einen contractum aleatorium ansehen könne, wo der Käufer sich im Voraus der Möglichkeit unterwerfe, sein Geld hinzugeben und nichts dafür gewonnen zu haben. Also hat Julian selbst seine Ansicht für keine unbestreitbar richtige gehalten. Von „nam etiamsi" an spricht wieder Ulpian, welcher erstlich die Beispiele, von denen Julian den Zweifelsgrund entnommen, mit der Bemerkung erläutert, dass auch in jenen beispielweise erwähnten Fällen der Käufer den Preis für die blosse Eventualität eines Erwerbes aufopfere und sodann hinzufügt: in Hinsicht auf die suprascriptas conventiones, d. h. die obengedachten Verträge de non praestanda evictione, sei das Gegentheil zu behaupten (contra erit dicendum), nämlich von dem, was Julian nur dubitativ behauptet hatte, dass dem Käufer wenigstens der Preis zurückzugeben sei; denn in dem ganzen Fragmente ist ausser von Ulpians eigenen nur von jenen referirten Behauptungen Julians die Rede.

Schliesslich aber (nisi forte) wird die eigene Behauptung Ulpians auf den Fall limitirt, wo der Verkäufer nicht wissentlich rem alienam verkauft hat, als welchenfalls die Eviction den vollen Anspruch ex emto begründe; denn nur solchenfalls läuft das pactum de non praestanda evictione gegen die bonam fidem und hat Julian unbezweifelt Recht zu sagen: contractum bonae fidei non pati hanc conventionem.

Wenn es nun aber erst dem J. H. Böhmer vorbehalten war, den handgreiflichen Irrthum zu entdecken, dass Ulpian nicht wie Julian, des pacti de non praestanda evictione ohngeachtet, dem Käufer unbedingt wenigstens den Preis wollte erstattet sehen, ja Julian selbst die entgegenstehende Ansicht nur zweifelnd ausgesprochen hatte, so sieht man, wie die Rechtslehrer und Ausleger bei ungrammatischem Verständnisse der Pandecten im Stande gewesen sind, schon an sehr unbedeutenden Schwierigkeiten zu straucheln und welche Masse gleich schlechter Interpretationen noch unentdeckterweise bis heutigen Tages als richtig interpretirtes Röm. Recht mag im Umlaufe

sein. Von falschem Verständnisse der Quellen finden merkwürdige Beispiele sich bei den berühmtesten Rechtsgelehrten. Man nehme z. B. l. 2. C. quae sit longa consuetudo. (S. 53.)

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

In seinem neuesten Werke (Bd. 1. S. 421) sagt v. Savigny in Beziehung auf diese Stelle: „der etwas geringschätzige Ausdruck non vilis auctoritas wäre für eine allgemeine Nationalsitte ganz unbrauchbar gewesen.“ Würde v. S. mir widersprechen, wenn ich behauptete, der Ausspruch: „non parva fuit Ciceronis eloquentia,“ ertheile dem Cicero alles demselben gebührende Lob und könne in dem Satze: „tum Demosthenis tum Ciceronis haud parva fuit eloquentia“ sogar übertrieben scheinen?

Ferner: in Bd. IV. S. 249 der Geschichte des Römischen Rechtes im Mittelalter citirt v. S. nachstehende Worte:

Joannes Bastianus, Cremonensis patria, legum doctor, vir elegantis ingenii sed perditae fuit vitae. Ludo enim et commessationibus deditus nonnunquam pannis exutis nudus remanebat in alea.

In Gemäsheit eben dieser, in einer Note abgedruckten, Worte berichtet v. S. über diesen Johannes Folgendes: „von dem sittlichen Leben des Johannes findet sich bei Pastrengo ein sehr nachtheiliges Zeugniss. Er soll der Schwelgerei ergeben gewesen sein und dabei so wenig des Anstandes geachtet haben, dass er sich zuweilen bei dem Spiele nakt ausgekleidet habe.“ Wer kann die Worte anders verstehen, als so: Johannes habe nicht selten Alles sogar das Hemd vom Leibe verschmaust und verspielt?

Welches richtige Verständniss der Quellen ist bei solcher Handhabung der Latinität gesichert! Und wenn so etwas am grünen Holze geschieht, was mag sich am dürren ereignen!

Dass mit der Regel, die verba relativa von den dispositivis zu unterscheiden, gar keine sichere Anwendung des Röm. Rechts begründet wird, leuchtet von selbst ein. Die Wahrheit der Regel hat man jederzeit anerkannt, die Schwierigkeit besteht darinne, überall die verba relativa

von den dispositivis auszuscheiden und dafür lassen sich eben so wenig Regeln geben, als man einen Ausleger des Aristoteles durch Vorschriften anleiten kann, wie er des Aristoteles eigne Ansichten von den in den Aristotelischen Schriften widerlegten des Plato zu unterscheiden habe.

§. 6.

Man prüfe, ob das in einer Stelle als wirkliches Gesetz Ausgesprochene nicht schon natürlichen Rechtes sei; denn solchenfalls gilt das Gesetz, nicht um deswillen, weil der römische Gesetzgeber dasselbe gegeben, sondern weil es einen Ausspruch der gesunden Vernunft enthält, deren Vorschriften zu beobachten alle Menschen verpflichtet sind.

So lautet W.'s zweite Regel. Als Beispiel des Gesundenverstandrechtes führt W. an: die Verbindlichkeiten des Käufers zur gesetzten Zeit das Kaufgeld zu bezahlen, des Depositars zu Wiederausantwortung der ihm anvertrauten Sache, des Verwalters fremden Vermögens Rechnung abzulegen und des Erborgers das Darlehn zurückzuzahlen.

Niemand bestreitet, dass diese Beispiele richtig gewählt sind. Nicht aber belehrt uns W. wie denn nun es zu praktischen Folgen führen könne, zwischen ungeschriebenem, aber unabänderlich gleich einer Naturnothwendigkeit sich ergebendem Rechte und anderem zu unterscheiden, dessen Geltung einzig und allein auf dem geschriebenen Buchstaben beruhe. Denn die Anwendung dessen, was in einem Gesetze steht, modificirt sich nicht ohne Weiteres, je nachdem dabei nur das Bewusstsein der Submission unter das Gesetz vorwaltet oder zugleich die Ueberzeugung, eben so würde die Entscheidung auch dann ausfallen, wenn kein Gesetz sie vorgeschrieben hätte. Die einzige — ob richtige frage ich hier noch nicht — praktische Bemerkung, die W. mit jener Regel verbindet, ist die, dass wo eine römische Rechtsmaterie vorliege,

von der es nun einmal ausgemacht sei, dass sie nicht in Deutschland gelte, darinne dennoch, so zu sagen, naturrechtlicher Stoff könne gebunden sein, welchen der Jurist frei zu machen und anzuwenden habe. Beispielsweise sagt W. (§. 11. S. 41—43) wir hätten heutigen Tages keine ungenannten Verträge; aus diesem Gesichtspunkte falle heutigen Tages die condictio causa d. c. n. s. hinweg, allein die übrigen Grundsätze des natürlichen Zwangrechtes, die in den Pandecten bei dieser Gelegenheit vorgetragen würden, müssten wir noch jetzt als verbindend anerkennen. Wenn daher derjenige, dem etwas zu einem gewissen Zwecke gegeben worden, gleich von Anfang an ausser Stand gewesen sei, solchen zu bewirken, wenn er durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit die Erfüllung unmöglich oder durch seine Zögerung dem andern Theile ganz unnütz mache und das Röm. Recht auch in diesen Fällen die Condiction erlaube l. 7. §. 1. l. 12. 13. und 14. eod. so würde sie bei uns nicht zuzulassen, eben so thöricht sein, als wenn man um ihre Zulässigkeit darzuthun sich unter Bezugnahme auf jene Stellen auf den usum juris Romani qua talis berufen wollte. Auffallend, bemerke ich dagegen, ist es, welche Masse schiefer und halbwahrer Ansichten eine nähere Betrachtung in diesen wenigen Worten entdeckt. Wenn wir keine als unbenannte nach besonderen Grundsätzen zu beurtheilende Verträge haben, so haben wir auch — denn alle Gegensätze bedingen sich gegenseitig — keine als benannte nach besondern Grundsätzen zu beurtheilende Verträge. Nehmen wir nun an, dass die unterbleibende Erfüllung eines Vertrages — bei dem Kauf z. B. nimmt die Praxis dies in der Ueberzeugung an, so verlange es das Röm. Recht — nichts anderes als die Erfüllung des Contractes und im Falle diese unmöglich sein sollte, statt derselben das i. q. interest zu fordern verstatte, so sieht man nicht ein, warum bei andern Verträgen, die das Corpus juris unter einer für uns obsolet gewordenen Categorie begreift, es anders solle gehalten werden. Haben jene Ansicht die Römer bei dem Verkaufe beobachtet, so müssen sie, die hierbei eben so wenig als bei der Praxis hinsichtlich der

Innominatcontracte von positiven Normen gebunden waren, dies für vernunftrechtlich angesehen haben; und nun fragt es sich, ist in Rom das Vernunftrecht bei dem Kaufe oder bei dem Innominatcontracte zum Durchbruch gekommen?

Wie kann ferner W. von einem natürlichen Zwangsrecht sprechen? Kann dasjenige, was erzwingbar wird, wenn ein Contract unerfüllt bleibt, namentlich das i. q. interest anders als positiv bestimmt werden? Da jede, gleichviel ob positive oder negative Thatsache, die Ursache einer Kette nicht zu berechnender Möglichkeiten ist, während der Schädenanspruch eine von jenen Eventualitäten abstrahirende bestimmt geregelte Annahme voraussetzt, so muss das an Stelle der Contracterfüllung Tretende sich nach Gesetz oder Gerichtsbrauch, somit positiv normirtermaassen auf gewisse im Voraus feststehende Ansätze bringen lassen.

Wichtiger bei Betrachtung unsers Verhältnisses zu dem Röm. Rechte und anscheinend geeignet uns eine Anleitung zu geben, wie zwischen natur- und positivrechtlichem Stoffe der Quellen unterscheidend, wir eben diesem Unterschiede eine Hinweisung auf einen theoretisch geordneten Gebrauch der Quellen abgewinnen könnten, scheint folgende Bemerkung: im allgemeinen denkt W. und denken sich viele besonders der älteren Juristen, die Lage des entscheidenden Richters also: Es giebt einen ungeschriebenen Codex sanae rationis und einen andern des geschriebenen und darum positiven Rechtes; dass dieser als positive Wahrheit vieles ausspricht, was in jenem stehen würde, wäre er ein niedergeschriebener, das ändert nichts in dem Wesen der verschiedenen Massen. Verschwände von der positiven jede Spur und Erinnerung, so würde der Codex sanae rationis aushelfen in allen Fällen, und unser Rechtszustand wäre wohl gar anstatt verschlechtert verbessert, denn alsdann herrschte einzig und allein die gesunde Vernunft. Eine solche Vorstellung von einem vernünftigen oder Naturrechte ist eine thörichte. Denn die Entscheidung ist nur das letzte Ergebniss des Urthels, wogegen die Frage, ob

der Urthelsspruch diesen Namen wirklich verdiene, davon abhängt, ob die propositio major, unter welcher die minor in der Entscheidung subsumirt wird, eine allgemein anerkannte Wahrheit ist oder doch durch die Auseinandersetzung, die ihr der Urthelsverfasser giebt, mit genügender Ueberzeugung auf den unbetheiligten und unpartheiischen Leser wirkt, sobald derselbe juristischer Begriffe mächtig und consequenter Behandlung derselben zu folgen im Stande ist. Da nun aber keines Philosophen Lehren je sich des allgemeinen Anerkenntnisses erfreuen werden und man darüber einverstanden ist, das Naturrecht als einen Zweig der Philosophie anzusehen, so leuchtet ein, dass jenes Requisit eines Urthels nicht durch das Naturrecht hergestellt werden kann und eine unpartheiische Rechtspflege als eine solche um so sicherer anerkannt wird, je präciser und vollständiger ihr der geschriebene Buchstabe zur Basis dient. Demohngeachtet giebt es gewisse Rechtswahrheiten, deren allgemeines Anerkenntniss eine so absolute Nothwendigkeit ist, dass ihnen eine positive Sanction geben zu wollen, ein geradehin thörichtes Unternehmen sein würde. In diese Categorie gehören alle diejenigen Sätze, welche unmittelbar aus dem Begriffe eines gegebenen Rechtsinstitutes fliessen, welcher Begriff selbst ein von allem positiven Rechte unabhängiger sein kann, wie z. B. der Begriff eines Vertrages, eines Kaufes, die für einen Abwesenden, ohne Vorwissen desselben übernommene Geschäftsführung. Das Wesen, der Begriff des Institutes hat in solchen Beziehungen eine von dem positiven Rechte unabhängige Selbstständigkeit, und es wäre die widersinnige Negation dieser Selbstständigkeit nicht auch alle Folgen anzuerkennen, welche die Consectarien dieses Begriffes sind. So z. B. hat kein Gesetzgeber das pactum zu „duorum pluriumve in idem placitum consensum" gemacht, und keiner wird und kann das pactum zu etwas anderm machen, ebensowenig kann ein Gesetz einen „consensum per vim et metum extortum" zu etwas anderm als einer contradictio in adjecto machen. Also ist in der Fähigkeit des Menschen, sich Begriffe zu bilden und sich be-

wusst zu werden, was diesen Begriffen conform und nicht conform ist, allerdings eine Masse unabänderlich wahren und zugleich des allgemeinen Anerkenntnisses versicherten Rechtes gegeben. Eine viel freiere und unbeschränktere Anwendung wird und muss der Richter diesem Stoffe geben, als dem entgegengesetzten andern, dem er als beschränkenden Irrthume sich schlechterdings nur insoweit unterwerfen wird und zu unterwerfen gehalten ist, als der Buchstabe ihn dazu in dem concreten Falle nöthiget. Nur gering aber ist die Masse des Rechtes, von der beides sich prädiciren liesse. Denn während ich nicht bestreiten mag, dass ein philosophisch gebildeter Kopf alle ersinnliche Casuistik, die ein Kauf hervorrufen kann, in wohlgesonderten und eingetheilten Massen übersichtlich zu machen, diese Massen erschöpfende Entscheidungsnormen aufstellen und jede dieser Normen aus dem Begriffe des Kaufes deducirend, für alle das Prädicat unabänderliches Recht in Anspruch nehmen könnte, so bemerkt man doch sehr bald, wie misslich es um das allgemeine Anerkenntniss steht, sobald man z. B. über die unmittelbar aus dem Begriffe Kauf sich ergebenden Folgen, wie unter andern die, dass der Käufer zur gesetzten Zeit das Kaufgeld zu zahlen habe, hinausgeht. Man nehme die Eviction. Niemand verkennt, dass der Verkäufer zu Evictionsleistung gehalten sei. Die entgegengesetzte Annahme vernichtete das Wesen des Kaufes. Allein nun gehe man weiter und frage, wie in vorkommenden Fällen die Evictionssumme zu berechnen sei? Die wohlfeile Antwort, auf soviel als dem Käufer in Gestalt der evincirten Sache an seinem Vermögensbestande entzogen wird, reicht nicht aus. Man nehme z. B. den Fall, es wird ein Landgut von 100 Acker Flächengehalt evincirt, das bei dem Verkaufe nur 90 Aecker enthielt, zu dem aber 10 Aecker hinzugekommen sind, weil der Käufer, was ihm erst später aus Einsicht von Documenten ist klar geworden, gegen einen Adjacenten bewiesen hat, dass 10 von diesem besessene Aecker mit jenen 90 Aeckern das abgeschlossene Gut

bilden, von dem nach dem Schock und Steuerquantum 100 Aecker versteuert werden. Soll bei der Evictionssumme auch derjenige evincirte Betrag gewährt werden, von dem als von einem unter seiner Garantie begriffenen der Verkäufer keine Vorstellung gehabt hat? Wir finden keine dieses Falles gedenkende Entscheidung in dem Röm. Rechte, wohl aber die eines ähnlichen Falles in l. 64. §. 2. de evict. Quaesitum est: si mille jugeribus traditis, periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? Dixi: consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta, nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi. Wenn 10 Aecker per alluvionem hinzu gekommen wären, so würde für diese der Verkäufer keine Eviction leisten. Nur ähnlich, nicht einander gleich sind die Fälle. Mit dem Eigenthum der 90 Aecker war das obschon unbekannte Recht auch auf die angrenzenden 10 gegeben, auf die angeschwemmten ist erst das Recht mit der Anschwemmung entstanden, jedoch auch schon mit dem vermeintlich erworbenen Rechte auf die 90 das erworben, als Eigenthum zu betrachten, was einmal anschwemmen könnte. Wie soll nun hier, von dem Buchstaben verlassen, der Richter zu dem aus dem Begriffe des Kaufs sich ergebendem Rechte, d. h. demjenigen gelangen, was man Naturrecht nennen kann? und doch muss und soll er das wissen, um sich zu entscheiden, inwieweit ein Princip ihm jene Sicherheit und Freiheit des Verfahrens gestatte, die der Vorzug alles Verfahrens nach Principien ist, oder er, um den Irrthum und Schaden nicht grösser zu machen wie er ohnehin schon ist, mit ängstlichster Sorgfalt sich an den Buchstaben halten müsse? Im Voraus gewiss ist ihm nur, dass zunächst mit sich selbst uneins, wie er zu entscheiden habe, er auch nicht im Stande sein werde, die endlich gewonnene Ueberzeugung auch jeden unpartheiischen

Leser überzeugend zu machen, dass die Gewissenhaftigkeit seiner Entscheidung nicht durch das Urthel selbst, sondern nur durch den Credit wird garantirt sein, den man seiner Persönlichkeit und den gesammten Persönlichkeiten des richterlichen Collegiums schenkt.

Wie sich W. nicht ist bewusst geworden, wenigstens nirgends gesagt hat, was er sich unter Naturrecht denke, hoffentlich aber ich mit diesem Worte denjenigen Sinn verbinde, in dem einzig und allein die Rede von Annahme und Anwendung eines Naturrechtes sein kann, so lässt seine gründliche Theorie unbelehrt auch über das seltsame Verhältniss, in dem sich der Jurist bei Behandlung der Quellen zu allem gestellt findet, was ich das hypothetische Naturrecht nennen möchte, und worunter ich diejenigen Rechtswahrheiten verstehe, die das Ergebniss der consequenten Behandlung eines positiven Rechtsbegriffes z. B. Erbschaft, Verjährung u. s. w. sind. Denn es versteht sich, dass jedes Rechtsinstitut, von dem wir ohne positiv dasselbe sanctionirende Normen nichts wussten, nur in dem dasselbe bestimmt begrenzenden Begriffe existirt und auch eines solchen Begriffes Handhabung zu selbstständigen, keiner weiteren positiven Stütze bedürfenden Wahrheiten führen muss.

Interessant ist es bei Betrachtung dieser Parthie zu verweilen, denn an ihr kommt ein neues Moment der Hülfslosigkeit zur Anschauung, in die wir uns bei dem Gebrauche des Corpus juris versetzt finden. Jene Präcision des Ausdruckes, die wir in jeder römischen positivrechtlichen Bestimmung wahrnehmen, möchte die Hoffnung anregen, bei so scharf ausgedrückten Begriffen könne deren praktische Handhabung nur selten Veranlassung zu Zweifeln geben, um so mehr als die Masse uns überlieferter Casuistik, in welcher die alten Juristen sich gross in allem beweisen, was in das Gebiet grammatischer Auffassung fällt, köstliche Musterbilder für die Methode jener Handhabung darbietet. Allein keine einzige positive Norm aus älterer Zeit hat ihren Sinn und ihre Bedeutung unverändert bewahrt. Die Stellung der Juristen und das nämliche Formelwesen,

welches allem Positiven einen völlig unveränderten Fortbestand zu sichern schien, machte es möglich von jedem Rechtsinstitute einen dessen ursprüngliche Grenzen weit überschreitenden Gebrauch zu machen. Man nehme z. B. die l. Aquilia. Was haben die römischen Juristen in der Anwendung dieses Gesetzes aus den Worten in l. 2. pr. tit. all. qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto, gemacht, ohne jemals diese Praxis in einem Begriffe zusammenzufassen, der den Juristen unserer Tage, da wo ihn die Casuistik der römischen Praktiker verlässt, in den Stand setzte, das Urtheil nach leitenden höchsten Ansichten abzugeben. Neuere finden in jener von den Juristen Roms geübten Machtvollkommenheit einen Beweis für die Trefflichkeit des römischen fort und fort sich aus sich selbst vollständig entwickelt habenden Rechtszustandes. Dies zugegeben bleibt es um nichts weniger wahr, dass, indem Justinian jenen unfixirten Rechtszustand gesetzlich zu fixiren gesucht hat und dabei so zu Werke gegangen ist, wie es der Titel der l. Aquilia beweist, er uns ein trübseliges, alles innern Zusammenhaltes entbehrendes Vermächtniss zugewendet hat. Der antike Rechtszustand mag vortrefflich gewesen sein, seine Nachwirkungen auf den unsrigen sind kläglich genug. Auch dürfte man jene alte Vortrefflichkeit anlangend die Bemerkung machen, dass sie nur möglich wurde, nachdem die Freiheit gänzlich untergegangen war. Als noch ein nationales römisches Leben bestand, da war es dem Römer eben so undenkbar, dass ein Jurist das jus secundum factum machen dürfe, als das freie England eine andere als buchstäbliche Anwendung der Gesetze verstattet, oder da, wo ein solches fehlt, Abweichungen von den rebus judicatis erlaubt. Gebe ich ferner auch zu, dass die römischen Juristen in solcher Weise vielfältig dem Rechtsbedürfnisse genügend und entsprechend verfahren sind, so kann doch auch andrerseits der Unbefangene nicht leugnen, dass sie dabei häufig die bestehenden Rechtsnormen ganz eigentlich chikanirt haben. Ein

illüstres Beispiel liefern die Schenkungen unter Eheleuten. Die erst mit dem Tode des Schenkgebers eintretende Gültigkeit einer solchen Schenkung fundirt sich auf den positiven Ausspruch: was ein Gatte bei des andern Lebzeiten von diesem geschenkt erhalten, das solle ersterem nicht nach des letzteren Tode entrissen werden. Wenn nun aber jene Schenkungen nur so bedingter Weise gelten zu lassen kein anderer Grund gegeben und auch kein anderer angenommen war als die Vorstellung, dass der Würdigkeit des ehelichen Verhältnisses solche Schenkungen entgegenliefen, so vermag ich keine ausbündige Löblichkeit darinne zu entdecken, dass die römischen Juristen unermüdlich beflissen waren, jene Voraussetzung, unter welcher Schenkungen zwischen Gatten gültig werden konnten, so unendlich auszuweiten. Wie schon in Cicero's Tagen dem verschlechterten Zeitgeist trefflicher Vorschub von den Juristen geleistet wurde, das beweisen die Worte in der Rede pro Murena (Vol. II. P. II. p. 57 der Ausgabe von Orelli): Quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur. Sacra interire illi noluerunt: horum ingenio senes ad coëmptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt. Juristen, auf die man Cicero's ebendaselbst zu lesende Worte anzuwenden sich versucht fühlt: quoniam mihi videris istam scientiam juris, tanquam filiolam osculari tuam, non patiar te in tanto errore versari, ut istud nescio quid, quod tanto opere didicisti, praeclarum aliquid esse arbitrere, schieben dem Cicero eine Art Widerruf alles dessen unter, was er in der Rede pro Murena gegen die Juristen seiner Zeit vorbringt; ich sage: sie s c h i e b e n ihm diesen Widerruf u n t e r; denn in IV. 27. de finibus, wo er stehen soll, ist er nicht zu finden, und jedenfalls lässt die Wahrheit jener beispielsweise hervorgehobenen Thatsachen sich nicht bezweifeln. Somit bleibt gewiss — und nur dies sollte hier dargelegt werden — nicht jeder Art Erwei-

terungen, welche das positive Recht durch die Juristen erhielt, sind durchaus juristischer Gewinn und wären sie es, so fehlt es an einer Theorie, die uns anleitete, die vereinzelten im Corpus juris documentirten Erscheinungen jener Praxis auf erschöpfende theoretische Aussprüche zurückzuführen.

§. 7.

Weber's dritte Regel.

Diese hängt anderweit mit dessen positivrechtlichen und naturrechtlichen Stoffe des Röm. Rechts zusammen. Letzterer gilt, so lehrt W., als naturrechtlich schon an und für sich selbst, ersterer durch die Aufnahme in Deutschland, deren Gegenstand nur die Justinianeische Gesetzgebung und auch vor dieser nicht alles und jedes gewesen ist, indem das quem textum non agnoscit glossa, nec agnoscit forum über die Aufnahme einzelner Bestandtheile entscheidet.

Grosse Früchte wird diese Regel nicht tragen. Angenommen die Praxis machte zwischen glossirten und nicht glossirten Stellen keinen Unterschied, weil unglossirt gebliebene überhaupt nicht existirten, auch dann würde unser Rechtszustand im Wesentlichen der nämliche sein, der er jetzt ist. Denn dessen Eigenthümlichkeit findet ihren Grund nicht in diesen oder jenen Aussprüchen des Röm. Rechtes, sondern in der desorganisirten Zusammensetzung dessen, woraus wir das Röm. Recht erkennen sollen, so dass W. selbst auch die nicht glossirten Stellen für ein unentbehrliches Hülfsmittel zu Erklärung der wirklich gültigen Verordnungen gelten lassen muss und eingesteht „in ipsis rerum argumentis“ könne man sich derselben sehr glücklich zu solchem Zwecke bedienen. Da aber dieser untergeordnete Gebrauch sich nicht theoretisch normiren lässt, so hätten wir wieder ein Element, aus dem wir Röm. Recht herausspinnen sollen, ohne dass zu dieser Manipulation W.'s gründliche Theorie die mindeste Anleitung giebt. Wenn übrigens W. in Verbindung mit obiger Regel und um

Beispiele von Verstössen gegen dieselbe zu geben, berichtet, das Reichskammergericht zu Wetzlar habe auf ein Mandatum ad videndum se incidisse in poenam l. 4. C. de in jus vocando erkannt, obschon die l. 4. C. nicht zu den glossirten gehöre, und, übersehend dass l. 10. C. de usuris nicht durch die unglossirte Nov. 121. cp. 1. und 2. aufgehoben sei, stellten Lehrbücher irriger Weise dieser Novelle eine derogirende Praxis entgegen, so beweist dies, was schon oben bemerkt worden, dass eine missverstandene publicistische Ansicht, welche das Röm. Recht für ein an sich verbindendes, hierzu nicht erst eines agnoscirenden Actes bedürfendes betrachtete, dessen Gebrauch in Deutschland herbeigeführt hat.

Zum Beschluss des Wenigen, was zu sagen W.'s dritte Regel mich veranlasst, ein von ihm referirtes juristisch-litterarisches Factum, dessen Wichtigkeit mir eine ganz andere scheint, als W. darinne findet. Er sagt: für besonders in Deutschland aufgenommen hielten manche Juristen gewisse Verordnungen des Nachjustinianeischen Rechtes um deswillen, weil was darinne verordnet sei, auch in den Gerichten Deutschlands beobachtet werde. Mit Recht verwirft W. dies Raisonnement, da, wie er hinzusetzt, jene Conformität der deutschen Praxis einer, und einer solchen Verordnung andererseits, auch andere Gründe haben könne. Welcher Art dergleichen andere mögliche Gründe sein könnten, sagt er nicht, und daher füge ich hinzu, dass sobald eine solche Verordnung sich z. B. auf einen Vertrag bezieht und nicht mehr und nicht weniger ausspricht, als was ohnehin die consequente Behandlung des Begriffes zu einer folgerechten Nothwendigkeit macht, alsdann die Verordnung jederzeit eine überflüssige war und wir insoweit — m. s. o. — der Erkenntniss des Rechtes ohne alle positivrechtliche Unterstützung fähig sind. Mit den referirten Worten verbindet W. folgende (S. 49) „Diese Betrachtung wird uns in den Stand setzen, über den vorgegebenen heutigen Gebrauch verschiedener Novellen des Kaisers Leo richtig urtheilen zu können. Die 93ste dieser Constitutionen verordnet: ut si sponsa ex alio gravida deprehendatur, sponsalia rescindi

possint. Dass dies nun auch bei uns Rechtens sei, leidet gar kein Bedenken; allein darum mit Brunnquell in Hist. jur. p. 215 und dem dort angeführten Berger eine besondere Reception dieser Novelle in Deutschland behaupten wollen, würde in der That eine ganz unrichtige Folgerung sein.“

Jetzt frage ich: ist es nicht geradezu eine Verkehrtheit wenn Jemand behauptet, es müsse jene Constitution des Kaiser Leo in Deutschland recipirt sein, weil sonst der Bräutigam auch dann an das gegebene Wort gebunden wäre, daferne noch vor der Hochzeit die veränderte Gestalt der Braut ihm die Vorgenossenschaft eines andern Mannes verriethe. Von gelehrten und fleissigen Männern sind in allen Zweigen des menschlichen Wissens zu allen Zeiten Verkehrtheiten gesagt worden, wenn aber derjenige, der eine so grosse, wie hier Berger gesagt hat, demohngeachtet unter den Genossen seines Wissens fort und fort in so grossem Ansehen wie Berger stehen kann, dann fällt auf dieses Wissen ein seltsames Licht, und man möchte glauben, damit sich zu beschäftigen wirke mehr auf Verfinsterung als Erhellung des Geistes, die Beschaffenheit des Objectes dieses Wissens sei von der Art, dass man sich nur recht anhaltend damit abzugeben brauche, um dahin zu gelangen ohne geschriebenen Buchstaben keine Quelle der Erkenntniss für möglich zu halten.

§. 8.

Eigentlich (Weber's vierte Regel) leiden bei uns keine Anwendung diejenigen Verordnungen, welche sich auf blos römische in Deutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen.

Auch Webern ist es nicht entgangen, wie vag der Ausspruch ist, eine Verordnung beziehe sich auf blos römische Sitten und Verfassungen. Füglich kann man das von den sieben zu Errichtung eines Testamentes erforderlichen Zeugen sagen, und doch fällt es Niemandem ein, darum dies Erforderniss einer aussergerichtlichen

Testamentserrichtung für antiquirt anzusehen. W. erläutert die Regel, indem er die Voraussetzungen classificirt, unter denen sie bald zur Anwendung kommen, bald nicht zur Anwendung kommen soll. Angewendet will er sie wissen:

1) wenn selbst das Object des Gesetzes gar nicht mehr existire — wie z. B. das officium proconsulis, praesidis und dergl.

Allein sehr gering möchte die Zahl der Verhältnisse sein, die, nachdem sie in Justinians Tagen bestanden, bei uns gar nicht mehr existirten, was selbst an den von W. aufgestellten Beispielen sich nachweisen lässt, denn haben wir schon keinen Proconsul und Präses als Land- oder Stadtbehörde, so haben wir doch obrigkeitliche Personen, unter deren Obhut diejenigen Interessen stehen, denen Proconsul und Präses vorzusehen hatten. Sodann, wie sich an einem anderen Beispiele nachweisen lässt, wissen wir in unzähligen Fällen gar nicht, auf welcher Art Gegenstände wir eine Stelle des Röm. Rechts beziehen können und sollen? z. B. da der Sclave seinem Herrn rechtlos gegenüber stand, so war es an sich etwas bedeutungsloses, wenn der Herr dem Sclaven ein Geschenk machte und ersterer konnte dadurch weder gewinnen noch verlieren. Ebenfalls nichtig, obschon aus andern Gründen, war die von einem Ehegatten dem andern gemachte Schenkung. Gesetzt nun der Herr des Sclaven wird in Folge eines Geschäftes, das mit letzterem ein Dritter vollzogen, de in rem verso belangt und es ist die Klage vollkommen begründet, dennoch wird der Beklagte nicht condemnirt, dafern er nachweisen kann, dass er sich bereits gegen den Sclaven durch eine dem Betrag der Verwendung gleich grosse Summe abgefunden habe. Der Grund davon kann kein anderer als der sein, dass kein Gewinn oder Nutzen uns in dem verschafft worden ist, was wir vollständig, wenn schon in Form eines Geschenkes bezahlt haben und der Rechtlosigkeit des Sclaven ungeachtet man es als eine Niemandem anzusinnende Unwürdigkeit betrachtete, zurückzunehmen was man geschenkt hatte, eben so wie

bei uns Sitte und Anstand den Vater hindert sich als Eigenthümer des Geldstückes zu betrachten, das er an dem Geburtstage eines Kindes in dessen Sparbüchse fallen liess. Nehmen wir nun: es klagt gegen den Ehemann ein Dritter de in rem verso aus einem Geschäfte, das er mit der Ehefrau gemacht hat, die für die Verwendung in des Mannes Vermögen ein reiches Geschenk von diesem bekommen hat. Diese Schenkung ist nicht ungiltiger als die dem Sclaven gemachte, und den Gegenstand lebenslänglich der Frau zu lassen, eben so in des Mannes Willkühr gestellt, als dem Sclaven alles zu entziehen, was dieser, wäre er ein Freier, könnte sein nennen. Hat nun das, was jene Verordnung besagt, zum Gegenstande einzig und allein den Sclaven durch Schenkung vergoltene Verwendungen oder alle und jede mit ungültigen Schenkungen vergoltene Verwendungen?

2) Wenn der Gegenstand des Gesetzes zwar nicht ganz verschwunden, jedoch nicht in der Maasse vorhanden ist, die das Gesetz nothwendig voraussetzt, z. B. alle den Concubinat betreffende, denselben als keine ungesetzliche Verbindung betrachtende Verordnungen.

Dagegen ist nichts einzuwenden.

3) Wenn der wesentliche Grund des Gesetzes wegfällt, das bestimmende Princip, wodurch der Gesetzgeber wesentlich bewogen ward das Gesetz vorzuschreiben, entweder an sich nicht stattfindet, oder sich doch nicht auf den gegebenen Fall beziehen lässt, weil sonst die Gesetzgebung mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde.

Ist irgend ein Grund des Gesetzes ein wesentlicher Grund desselben, so ist es derjenige, ohne dessen Vorhandensein das Gesetz nie wäre gegeben worden. Angenommen nun, das Edict des Kaisers Marc Aurel gegen die Selbsthülfe und die actio de receptis — W.

nimmt S. 55—58 dies an — existirten nicht, wenn es in dem römischen Staate eben so wenig als bei uns Privatleute gegeben hätte, die nur zu wollen brauchten, um ein ganzes Heer von Sclaven zu jeder beliebigen Gewaltthat befehligen zu können, wenn in Rom ein Hôtelwirth ein so geachteter Mann gewesen wäre als er es bei uns ist, so sind bei uns jene Rechtsinstitute noch im Gebrauch, obschon deren wesentlicher Grund hinwegfällt. W. der dies nicht anerkennen will, hilft sich mit der Auseinandersetzung, dass Selbsthülfe überall nicht zu gestatten sei, mit wie schwacher Gewalt sie auch vollbracht werde, auch des honettesten Gastwirths Verhältniss zu dem einkehrenden Fremden die Garantie erheische, welche Gegenstand der actio de receptis ist. Demnach hätte W., sollte sein Ausspruch dem Gedanken adäquat sein, sagen sollen: es kann gewiss sein, dass der römische Gesetzgeber ein Gesetz nicht gegeben hätte, wäre dazu ihm nicht in besonderen Verhältnissen seiner Zeit die besonders dringende Veranlassung gegeben gewesen, demohngeachtet müssen wir dasselbe anwenden, sobald es nur sonst auch gute und erspriessliche Dienste leistet. Ist es zuviel gesagt, wenn man behauptet, dass nach einer solchen Theorie die Bestimmung dessen, was als Röm. Recht gelten solle, völlig in die Hand des Urthelsverfassers gegeben sei? Unendlich Vieles würde in dem Röm. Recht unendlich anders sein, wenn dasselbe sich unter andern localen und historischen Einflüssen entwickelt hätte. Also fällt nach W. der wesentliche Grund weg und die Anwendung hängt von der Frage ab, ob was das Corpus juris, von unserm Standpunkte aus genommen zufällig enthält, keine schätzenswerthe Gabe des Zufalls sei?

Statt sich in gehaltlosen Betrachtungen über ganz und gar nur römische Objecte des Rechtes und wesentliche, jedoch obsolete Gründe desselben zu verbreiten, hätte W. eine andere Betrachtung anstellen können, die ich hier beifüge, weil sie eine anderweite Einsicht in das Verworrene unsers römisch-privatrechtlichen Zustandes eröffnet.

Ich meine hiermit Folgendes:

Denken wir uns irgend eines Volkes zu irgend einer Zeit gegebenen Rechtszustand, allemal werden die Normen für richterliche Entscheidungen in verschiedenartigen grösseren oder kleineren Missverhältnissen zu den an die Justizverwaltung ergehenden, durch des Volkes actuellen Standpunkt bedingten Ansprüchen stehen. Es lassen diese Missverhältnisse sich erschöpfend auf drei Categorien zurückführen.

1) Es bilden sich neue Geschäftsformen, für die weder Praxis noch Gesetzgebung, wollen wir nicht jener oder dieser prophetischen Eingebung zutrauen, beabsichtiget haben kann, eine Norm aufzustellen.

Unsere Tage geben in dieser Beziehung ein ausgezeichnetes Beispiel. Handlungsgesellschaften gab es schon in Rom. Vielfach sind aber die neuen den Römern unbekannten Geschäftsformen, unter denen entweder eine Handlungsgesellschaft bei uns in die Erscheinung tritt, oder die sich an den Begriff einer Handlungsgesellschaft anreihen. Es erfordert z. B. der heutige Verkehr, dass solche Societäten in gewisser Maasse moralischen Personen gleichstehen. Dies wird erreicht durch den Collectivnamen, unter welchem firmirend die Handlungsgenossen contrahiren, obschon jener Name vielleicht keinen irgend eines der Gesellschafter auch nur entfernt andeutet. Dieses den Römern unbekannte Verfahren scheint also auch jede Beurtheilung nach Röm. Rechte als unausführbar zurückzuweisen. Fassen wir aber das Verhältniss scharf auf, so finden wir, dass, eine unwesentliche, uns jedoch leicht täuschende Abänderung ausgenommen, ein bereits von der römischen Praxis geregeltes vorliegt. Denn wer da contrahirt und dies unter einer Firma thut, ist entweder Handlungsgesellschafter oder nicht. Letzterenfalls fragt es sich, ist er legitimirt Documente unter der Firma auszustellen, und daferne er es ist, werden diejenigen, die ihm die Legitimation dazu ertheilt haben, nach den Grundsätzen von dem Mandate eben so gehalten sein, als es der Client ist, für welchen der legitimirte Sachwalter eine Urkunde unterzeichnet hat.

Ersteren Falles handelte er in doppelter Person, einmal für sich und im eigenen Namen, zugleich aber auch legitimirt, in dem der Gesellschafter, daferne dass auch er zu firmiren befugt sei, durch gewöhnliches, die römische legem praepositionis vertretendes Circular ist öffentlich bekannt gemacht worden. So kann für jedes neue Institut, dessen sich bisher weder Gesetzgebung noch Praxis ist bewusst geworden, doch schon in einer oder der andern die nöthige Norm gegeben sein. Eben so (m. s. Bd. 2. S. 25 u. flgde, ingleichen Bd. 3. S. 348 u. flgde) bei der société en commandite, société um deswillen genannt, weil hier Jemand bis zu dem Betrage eines gewissen Capitales einen andern für Verluste in eben dem Verhältnisse zu decken übernimmt, in welchem dieser mit ihm den Gewinn zu theilen verspricht. Zwar ist diese Benennung falsch; denn eine societas ist die auf Vertrag beruhende Communio. Hier aber, wo weder die Rechte, aus denen der Gewinn, noch die Verbindlichkeiten, aus denen der Verlust entstehen kann, den Contrahenten gemeinschaftliche werden, tritt keine communio ein. Somit ist aber auch allerdings von diesem Geschäfte, für das im Röm. Rechte kein Name existirt, die Anwendbarkeit der in den Pandecten für Gesellschaften aufgestellten Grundsätze ausgeschlossen. Nicht hindert dies aber in der société en commandite einen, nach römischer Bezeichnungsart, ungenannten, bei genauer Erwägung seiner Natur als einen aleatorischen sich darstellenden Contract zu erkennen. Da nun auch dem Röm. Recht aleatorische Verträge nicht unbekannt waren, so kann das Röm. Recht sehr wohl auf die gedachte neue species jener Gattung angewendet werden. Zu ähnlichen Betrachtungen giebt die Actiengesellschaft Anlass. (M. s. Bd. 3. S. 311 flgde).

2) Praxis oder Gesetzgebung kann Normen für eine Gattung von Rechtsgeschäften geben, die seit Jahrhunderten den Namen und andere Aeusserlichkeiten unverändert bewahrt, ihre Bedeutung aber gänzlich umgeändert haben, so z. B. das Wechselrecht. Die neueste, und ich möchte hinzusetzen, hielte ich in dieser Materie mich völlig von der Competenz meines Urtheils überzeugt,

trefflichste Schrift über das Wechselrecht liefert das eclatanteste Beispiel von dieser Art Missverhältniss zwischen der Rechtsnorm und neuerer durchaus umgeänderter Bedeutung des darnach zu Normirenden.

3) Jedes Rechtsbedürfniss — und dies ist es, worauf ich in Beziehung zu W.'s fünfter Regel zu kommen hauptsächlich beabsichtigte — legt sich zunächst in einem gewissen engern Umfange dar und erzeugt eine nur diesen Umfang erfüllende Norm. Späterhin tritt das nämliche Rechtsbedürfniss in unendlich erweitertem Umfange ein. Hier nun kann es geschehen, dass Praxis und Gesetzgebung irrigerweise glauben, für ein neues Geschäft eine neue Norm aufgestellt zu haben, während sie von einem richtigen Takte aber unklaren Urtheile geleitet, keine neue Norm sondern nur einen neuen Namen geschaffen haben, unter dem sie die alte Norm da anwenden, wo ihnen das schon normirte Geschäft in anscheinend das Wesen desselben abändernder Gestalt entgegentritt. Wird sich nun die Praxis dieser Täuschung nicht bewusst — ich sage die Praxis, denn die Theorie wird, die unzähligen Beispiele belegen dies, sich überaus selten der Stellen bewusst, an welchen jene der Schuh drückt — so erwächst der überaus lästige Zustand, dass weil nominativ zwei Normen für zwei blos nominativ verschiedene, allein jeder Wesentlichkeit nach identische Geschäfte bestehen, auch der Glaube an materielle Verschiedenheit des Geschäfts und an eine materielle Verschiedenheit der dieselben zu reguliren bestimmten Normen Platz ergreift, man sich blos eingebildete Verschiedenheiten schafft und also irre geleitet, die Rechtspraxis zu den seltsamsten Rechtsanwendungen verschreitet. Die Natur der Sache bringt es mit sich — alsbald soll es umständlich an einem Beispiele nachgewiesen werden — dass wir bei dem heutigen Gebrauche des Röm. Rechts dieser Gefahr in unzähligen Beziehungen ausgesetzt sind. Die actio quod jussu und mandati contraria geben das angekündigte Beispiel. Hier muss aber vor allen Dingen einiges über das Wesen der actionis q. j. vorausgeschickt werden.

Da ohne alle und jede auf Erwerb gerichtete Industrie kein gebildeter Zustand einer Nation denkbar ist und bis zu demjenigen Momente, wo die Industrie durch übernatürliche Anspannung entgegengesetzte extreme Erscheinungen hervorruft, sie proportionel der gesammten Bildung der Nation vorschreitet, jedoch die Römer bis in späte Zeiten herab sich der Sclaven als der Organe bedienten, durch welche sie immense Capitalien und Grundwerthe gewinnbringend machten, so mussten sehr zeitig mehr und mehr Wege ausgesonnen werden, durch welche bei der Sclaven Unfähigkeit Subjecte für Rechte und Verbindlichkeiten zu sein, den mit ihnen eingegangenen Geschäften auf die Herren zurückwirkende Kraft beigelegt wurde. Actio de peculio, tributoria und de in rem verso bestätigen dies, eben so die actio quod jussu. Gewöhnlich wird, weil man die Bedeutung des jussus falsch aufgefasst hat, und von der Ansicht ausgegangen ist, befehlen könne ein Herr wohl dem Sclaven nicht aber einem Freien, angenommen: die actio quod jussu finde statt, wenn ein Herr dem Sclaven oder auch dem in patria potestate befindlichen und insofern dem Sclaven gleichstehenden filius familias befohlen habe, mit einem Freien zu contrahiren. Des Irrigen in dieser Annahme hätte man sich schon durch die bekannte Formel fide tua esse jubes können bewusst werden, mittelst welcher der Gläubiger eines Schuldners den künftigen Bürgen befragte, ob dieser für das Creditirte einstehen wolle. Der Beweis, dass des Herrn Befehl an den Sclaven, ein in Beziehung auf dem mit letzterem Contrahirenden inter alios actum, nicht ausreichte die actio quod jussu zu begründen, legt sich in folgender Stelle dar. l. 3. §. 6. de in rem verso (15. 3.) Nec non illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit *volenti* ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit; neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini.

Des Herrn erklärter Wille ist dem Sclaven Befehl. Nun hatte der Sclave dem domino volenti unguenta ge-

kauft. Dennoch wird hier nicht die actio quod jussu, sondern in Gemässheit anderer, von Voraussetzungen der actionis quod jussu ganz unabhängigen Ansichten die actio de in rem verso gegeben.

L. 5. §. 2. scheint hiermit unvereinbar. Quod servus domino emit, si quidem *voluntate* ejus emit, potest *quod jussu* agi; sin *vero non ex voluntate*, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit, *de in rem verso actio erit*; si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

Der Sclave, kann man sagen, hat hier ex voluntate, und also auf an ihn ergangene Willenserklärung des Herrn gekauft, und es wird die actio quod jussu gegeben. Allein der Schluss „und also auf an ihn ergangene Willenserklärung des Herrn“ ist ein voreiliger. Denn mit meinem Willen ist ein Contract abgeschlossen einerseits allerdings nur dann, wenn ich diesen Willen erklärt habe, andrerseits aber auch dann, wenn ich denselben nur einem der Contrahenten kund gegeben habe, welcher andre in dem Falle in §. 2. cit. ebensowohl der Freie als der mit selbigen contrahirende Sclave sein kann. Dass wir §. 2. cit. dadurch in Uebereinstimmung mit §. 6. cit. zu setzen haben, dass wir den jussus von einer Willensmeinung verstehen, die an den Freien war gerichtet worden, der alsdann mit dem Sclaven contrahirte, dies setzt l. 1. §. 1. quod jussu in höchste Evidenz. *Jussum* autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu jusserit, sive generaliter. Et ideo et si sic contestatus sit: *quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo*, videtur ad omnia *jussisse*, nisi certa lex aliquid prohibet. Wir sehen aus diesem Fragmente, dass die actio quod jussu nicht auf einem an den Sclaven ergangenen Befehl, sondern auf der imperativen Form beruhte — eine blosse Form wie das fide mea esse jubeo — in welcher dem Freien erklärt wurde, wolle er mit dem Sclaven contrahiren, so solle er es auf des Herrn Rechnung und Gefahr thun. Gleich entscheidend nur in minder schlagenden Worten ist für

meine Ansicht auch l. 5. §. 1. eod. Si unus ex *servi* dominis *jussit* contrahi *cum eo*, is solus tenebitur; sed si duo jusserunt, cum quovis in solidum agi potest, quia similes sunt duobus mandantibus. Einer von den condominis des Sclaven kann contrahi cum eo nicht dem Sclaven, sondern nur dem Mitcontrahenten des Sclaven anheissen.

Noch füge ich l. 13. C. quod cum eo qui in aliena potestate (4. 26.) bei. Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur *quod jussu*, si certam numerari *praeceperint servo* actorive pecuniam. Igitur hac in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo, colono, conductori, procuratori actorive, possessionis pecuniam mutuam dat, sciat, dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse. Neque familiares epistolas, quibus homines plerumque commendant absentem, in id trahere convenit, ut pecuniam, quam rogatus non fuerat, impendisse se pro praediis mentiatur, quum, *nisi specialiter, ut pecuniam praestet, a domino fuerit postulatus idem dominus teneri non possit;* creditaque quantitate mulctari volumus creditores, si hujusmodi personis non jubente domino, nec fidejussoribus specialiter acceptis fuerit credita pecunia. Sane creditori damus licentiam, ut, si liber a rationibus, quas gerebat, fuerit inventus actor, servus procuratorve praediorum, utilis actio pateat de peculio. Nach alle dem sollte man glauben, dass Jeglichem, der von der Ueberzeugung ausging, von keiner röm. Klaggattung dürfe man sprechen, ohne sich genau mit dem dahin einschlagenden Inhalte der Quellen bekannt gemacht zu haben, hätte von allen Seiten die weitere Ueberzeugung kommen müssen, der jussus bezeichne eine an den Mitcontrahenten des Sclaven gerichtete Willenserklärung. Demohngeachtet lese ich bei Thibaut §. 372 der 6ten Ausgabe seines Systems des Pandectenrechtes: „Durch die actio quod jussu kann der Vater auf das Ganze belangt werden, wenn er dem Sohne in Betreff der eignen Angelegenheiten desselben befohlen hat u. s. w. Heineccius (§. 194. seiner Pandecten) definirt die actio quod jussu als actio praetoria adjectitiae qualitatis, quae ei, qui cum filio servove jussu patris vel

domini contraxit, adversus patrem vel dominum in solidum datur. Unverkennbar denkt aber auch Heineccius den jussus sich als eine an den Sohn oder den Sclaven gerichtete Willenserklärung; denn er sagt in §. 192: est autem jussum praeceptum, quod quis *dat ei, quem in potestate habet.* So arg hat der geistreiche Thibaut, so Heineccius, einer der ersten unter allen humanistisch gebildeten Juristen, sich an dem Texte der Quellen versündiget. Welche Massen gleicher Versündigungen werden minder ausgezeichnete Rechtslehrer sich seit Jahrhunderten haben zu Schulden kommen lassen, und wie gross mag die Anzahl falscher als Röm. Recht in Umlauf gesetzter Interpretationen sein!

Leicht wird sich nunmehr zeigen lassen, wie die actio mandati, zusammengestellt mit der quod jussu, die Richtigkeit dessen belegt, was ich hier an einem Beispiele nachzuweisen beabsichtigte.

Dass die in von mir angegebener Maasse zu begründende actio quod jussu ein Bedürfniss nur in jenen Tagen sein konnte, wo man sich noch nicht zu der allgemeinen Ansicht erhoben hatte, ein mandatum und als solches verbindend sei es, wenn ich Jemanden bestimme etwas auf meine Rechnung und Gefahr zu thun, ist entschieden gewiss. M. s. l. 2. pr. mandati (17. 1.) Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Auch stellte die Praxis jussum und mandatum einander in den praktischen Wirkungen so gleich, dass nicht nur der jussus eben so widerruflich als das Mandat war, sondern auch das an Jemanden ergangene Mandat mit dem Sclaven oder dem filius familias zu contrahiren die actio quod jussu begründete. M. s. l. 1. §. 2. u. 3. quod jussu. Sed ego quaero, an revocare hoc jussum, antequam creditur, possit? Et puto posse, quemadmodum si mandasset, et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset, et me certiorasset. §. 3. Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse. Also schleppte das Röm. Recht die actio quod jussu auch dann noch weiter mit sich fort,

als diese durch die actio mandati ganz entbehrlich, durch letztere in generellem Umfange Rechtens geworden war, was früher die actio q. j. nur unter einer und der andern speciellen Voraussetzung leistete, somit aber der jussus nichts weniger und auch nichts mehr als ein in imperativer Form ausgesprochenes mandatum darstellte. Jedenfalls ist die richtige Ansicht bei uns noch nicht zum allgemeinen Durchbruch gekommen; denn bei Thibaut ist a. a. O. zu lesen: „Man wendet diese Klage häufig jetzt auch noch auf andere Personen an, welche unter dem Befehle eines Andern stehen“ (als ob es darauf ankäme). „Dass sie jetzt ganz wegfalle, wie Hellfeld jurisp. for. §. 919. meint, ist eine in allem Betracht unerweisliche Behauptung.“ Auch erinnert wohl mancher Praktiker sich dieses und jenes Falles, wo man, mit Thibaut auf den Beweis wartend, dass die actio quod jussu aufgehört habe, ein besonderes Rechtsinstitut zu sein, oder vielmehr nicht begreifend, dass sie ein solches auch nicht in Justinians Tagen war, sich hin und herstritt, ob nicht eine actio q. j. begründet sei. Wundern darf uns das nicht; denn wo selbst die römischen Juristen die Verschiedenheit zweier dem Grunde und der Tendenz nach conformen Klagen nur auf verschiedene Benennungen zurückzuführen vermochten und dennoch die ältere nicht für absorbirt durch die neuere ansahen, da dürfen wir, denen dies historische Verhältniss ungleich ferner liegt, es für wohl verzeihlich achten, die irrige Ansicht festgehalten zu haben.

Nunmehr aber von obiger, beispielweise durch die actio quod jussu und die actio mandati erläuterten Bemerkung die Anwendung auf unser heutiges Verhältniss zum Röm. Recht. Wenn dasselbe unbestreitbar gleich dem römischen Staate sich aus kleinen Anfängen zu immensen, der eigenen Weitschichtigkeit zu erliegen bestimmten Massen ausgebildet hat, und das Corpus juris ein Aggregat von Fragmenten ist, welche uns documentiren, wie das im Laufe von Jahrhunderten zuerst und in den ältesten Zeiten nur in sehr engem Kreise angeregte Gefühl des Rechtsbedürfnisses nach und nach seine Befriedigung in unendlich erweiterten

Kreisen suchen und finden musste, so drängt damit sich uns die Ueberzeugung auf, dass viele der älteren Rechtsnormen sich ebenso zu neueren verhalten werden, wie die actio quod jussu zu der actio mandati und somit unsere Anwendung des Röm. Rechts, das Gleiche als Ungleiches behandelnd, gewiss eine Menge Widersinnigkeiten begeht. Ein Beispiel einer solchen Widersinnigkeit, welche weder den Theoretikern noch den Praktikern nur so dämmernd einzuleuchten begonnen hat, als es wenigstens bei der actio quod jussu der Fall ist: giebt es eine grössere Widersinnigkeit, als dass eines Menschen einseitiger Wille zu veräussern ein einseitiger sein und bleiben und blos durch diesen einseitigen Willen, ohne alle und jede den Willen zu erwerben aussprechende Thatsache eines andern bestimmten Rechtssubjectes, diesem andern Rechtssubjecte ein Recht könne erworben werden? Zu einem so widersinnigen Institute mussten die Neueren die Pollicitation machen, weil sie dieselbe in den Pandecten vorfanden und zugleich in Justinians eigener Gesetzgebung das pactum donationis zu einem verbindenden Vertrage erhoben sahen. Sollte nun zwischen pollicitatio und pactum donationis ein Unterschied sein, so blieb freilich nichts übrig, als der pollicitatio die Eigenthümlichkeit zuzutheilen, einen widerruflich gebliebenen Willen zu einem unwiderruflichen unter Voraussetzungen zu machen, die nach eines jeden Unbefangenen Ansicht auch nicht entfernt geeignet sind, auf die Qualität jenes Willens modificirend einzuwirken. (M. s. Bd. 2. Nr. IX. S. 142 flgde.)

§. 9.

Nicht soll (Weber's fünfte Regel) das Röm. Recht auf Gegenstände und Geschäfte angewendet werden, welche blos aus deutschen Sitten und Verfassungen oder andern (?) Quellen entsprungen, den Römern ganz unbekannt gewesen sind.

Die Verwarnung eindringlicher zu machen, wird hinzugesetzt, eine eingebildete Aehnlichkeit könne derglei-

chen unschickliche Anwendung leicht veranlassen und habe sie oft veranlasst.

Auch diese Regel ist von der Art, dass sie unregulirt lässt, was dadurch regulirt werden soll und ihre nähere Betrachtung uns überzeugt wie das Gebot: wende Röm. Recht an, völlig nichtssagend ist, so lange es uns nicht zugleich in den Stand setzt, zu wissen, welche Sätze denn nun als Sätze des Röm. Rechtes sollen in Anwendung zu bringen sein. Keine Kenntniss röm. Alterthümer vermag eine erschöpfende und zuverlässige Uebersicht denselben g a n z unbekannter Gegenstände zu verschaffen. Auch ist bereits gezeigt worden, dass den Römern ein Geschäft kann unbekannt gewesen sein und dennoch die Anwendbarkeit ihres Rechtes nicht um deswillen braucht davon ausgeschlossen zu sein. Denn immer ist es möglich, dass dies Geschäft gewisse Beziehungen herstellt, mit denen das Corpus juris bekannte Folgen verbindet und man alsdann nur jene Beziehungen und Folgen festzuhalten brauche, um, der Neuheit des Geschäftes ohngeachtet, keiner deutschen Normen für dasselbe benöthiget zu sein. So kannten die Römer, wie schon gedacht, keine Actiengesellschaften und in Deutschland sind dieselben erst in neuester Zeit üblich geworden. Halten wir aber hier d i e Beziehung fest, dass die Verwalter des Geschäftes der Gesellschaft jedenfalls Institoren sind und erinnern wir uns, dass in Hinsicht eines Schuldners Verbindlichkeit nichts darauf ankommt, ob derselbe als institor oder nicht als institor contrahirt hat und nur für den Gläubiger, je nachdem der institor so oder so mit ihm contrahirt hat, der Unterschied eintritt, dass er ersteren Falles ausser der Klage gegen den institor auch noch die actio adjectitiae qualitatis gegen den Präponenten hat, so beschränkt in den rechtlichen Wirkungen die Neuheit des Geschäftes sich allerhöchstens darauf, dass es Umstände geben kann unter denen, des Contractes mit einem institor ohngeachtet, dennoch keine actio adjectitiae qualitatis möglich ist, was sich nicht so durchaus als unrömisch darstellt; denn jene Klage war unbestreitbar eine erst späterhin mit der Praepositio verbundene Folge, welcher-

gestalt denn der praktische Sinn der Römer gar nichts Anstössiges darinne würde gefunden haben, auf ein Verhältniss zu stossen, wo praepositio und dennoch keine actio adjectitiae qualitatis statt fände.

Wenn W. ferner als Beispiele von Verstössen gegen seine fünfte Regel, die allerdings abgeschmackte Meinung anführt, Lehne (feuda) wären schon den Römern bekannt gewesen, so fragt man sich, welcher Art praktisches Ergebniss daraus resultiren könne? Ist darum der Gebrauch des Röm. Rechtes in Lehnsprocessen ausgeschlossen? Wird z. B., finden wir nur sonst in dem Röm. Rechte sicher leitende Grundsätze in Betreff der Auslegung von Verträgen, nicht überall wo in einem Lehnsvertrage verba ambigua vorkommen, nach Röm. Rechte zu entscheiden sein, ob der zweideutige Ausdruck in dem dem Vasallen oder in einem anderen, dem Lehnsherrn günstigen, Sinne zu verstehen sei? Nur auf Kind's Quaestionen braucht man zu verweisen, um zu belegen, wie eine lehnrechtliche in grösstem Ansehn stehende Praxis gar fleissigen Gebrauch von dem Corpus juris gemacht hat. Zugestanden ferner, was Niemand leugnen wird, dass die tacita emancipatio, welche bei uns per separatam oeconomiam eintritt, nicht in Rom vorgekommen ist und daselbst nie vorkommen konnte, so bleibt immer noch die Frage übrig, ob nicht alle Folgen, die das Röm. Recht an die Emancipation knüpft, auch dann eintreten, wenn Jemand ist auf jene unrömische Weise emancipirt worden? *)

*) Es würde ungerecht sein zu verschweigen, dass man eine Uebereinstimmung mit diesen Ansichten in Weber's eigenen Worten §. 22. S. 63 u. 64 wahrnimmt. „Allerdings würde man viel zu weit gehen, wenn man unsere obige Regel, drittens, dahin deuten wollte, dass Gegenstände, welche den Römern nicht bekannt waren, darum auch in gar keinem Stücke nach Justinianeischen Gesetzen behandelt werden könnten. Sind es Fälle, worauf die eigenthümliche Natur dieser Geschäfte keinen besondern Einfluss hat, so lassen sich die Vorschriften des gemeinen Rechts sehr gut anwenden. Obgleich unsere Patrimonialgerichtsbarkeit den Römern unbekannt war, und folglich die Gesetze, welche Frauenspersonen und Unmündige aller Jurisdiction unfähig erklären, darauf nicht anzuwenden sind, so können sich doch die Patrimonialgerichte von sonstigen Verordnun-

Dass man aber einen unrömischen modum emancipandi zu einem römischen hat machen und des Lehnwesens Ursprung auf römischem Grund und Boden hat finden wollen, das sind Thatsachen, welche beweisen, wie unhistorisch und uncritisch neuere Juristen verfahren sind, und wie trübselig es präsumtiver Weise um die Interpretation der Rechtsquellen, bei denen alles durch sie Leistbare nur auf dem Wege der Interpretation kann geleistet werden, diejenige lange Zeit hindurch mag gestanden haben, in welcher der Juristen Ueberzeugung von dem ist ausgebildet worden, was für Röm. Recht gelten und nicht gelten könne.

§. 10.

Stellt der Anwendung des Röm. Rechtes (dies schreibt Weber's sechste Regel vor) **keines der dieselbe einschränkenden Momente sich entgegen, dann hat dasselbe, nach der bekannten Rangordnung seiner Theile unter sich, Gesetzeskraft, es wäre denn, dass andere diesem subsidiarischen Rechte vorgehende gemeine oder besondere geschriebene Rechte, oder erweisliche Gewohnheiten mit gesetzlicher Gültigkeit das Gegentheil einer römischen Vorschrift mit sich brächten.**

Man sieht ohne Weiteres, dass diese Vorschrift genau dasjenige Dogma enthält, über das schon §. 2. gesprochen hat. Die Rangordnung, in welcher die einzelnen Bestandtheile des Röm. Rechtes angewendet werden, also einander gegenseitig derogiren sollen, insofern

gen, welche die Pflichten des Richters überhaupt bestimmen, keinesweges dispensiren; weshalb auch Leyser Spec. 29. M. 5. die Prorogation in Ansehung dieser Gerichtsbarkeit gar wohl zulässig findet." Dies aber beweist gegen W.; denn hier begleitet er die aufgestellte Regel mit Bemerkungen, deren Richtigkeit nach nothwendiger Consequenz dahin führt, seine Theorie für eine solche zu erkennen, die, sollte sie einen praktischen Werth haben, eine anderweite Theorie erforderte, welche sich eben so wenig geben lässt, als eine Theorie für Auslegung der alten Schriftsteller oder für pragmatische Geschichtschreibung möglich ist.

der eine mit dem Inhalte des andern auf unvereinbare Weise collidirt, nimmt W. als etwas Bekanntes, als etwas Ausgemachtes an. Das ist sie aber keinesweges. Die grosse Masse desjenigen — m. s. v. Savigny System des heutigen Röm. Rechtes. Bd. 1. S. 268. not. a. — was die Gelehrten über diese Rangordnung geschrieben haben, beweist das Gegentheil. Ich wende mich — m. vergl. ebend. §. 43—45. S. 268 bis 289 — zu dem, was v. S. in dieser Hinsicht lehrt. Wenn die genauere Betrachtung dessen, was derselbe a. a. O. sagt, in volle Evidenz setzt, dass Thibaut vollkommen Recht hatte, als er des göttlichen Justinian Collectionen ein Werk der Thorheit und Barbarei nannte, und keine Theorie etwas, das als ein Thörichtes und Barbarisches verwerflich ist, zu seinem weisheitsvollen und harmonisch durchgebildeten Gegentheile umschaffen kann, so wird hiermit ein weiterer bedeutender Schritt zu Erkenntniss unsers Verhältnisses zum Corpus juris gethan sein. Und da es zuverlässig noch eine grosse Zahl sehr ehrenwerther Mitglieder des juristischen Publicums giebt, welche schon um des gegen Justinians Compilationen ausgesprochenen Urtheils willen, im Voraus gegen meine Betrachtungen eingenommen sein dürften, obschon in jenem Urtheile mir Thibaut's Autorität beistimmt, so scheint es angemessen, vorläufig an einigen Beispielen, denen weiter unten sich mehrere anschliessen werden, nachzuweisen, dass v. S., indem er eine Möglichkeit, die verschiedenen Bestandtheile des Corpus juris als ein Gesetzbuch zu brauchen, theoretisch festgestellter Maassen darlegen will, nicht undeutlich verräth, ganz könne auch er nicht sich der Ansicht Thibaut's entschlagen, ja dass hin und wieder der Sache auch v. S. das Nämliche sagt.

Bekanntlich *) zerfällt die römische Rechtspraxis, insonderheit wie sie in den Pandecten vorliegt, in zwei neben einander hinlaufende, häufig in einander übergreifende,

*) Hier ebenfalls sei es mir verstattet, dem Juristen nichts weniger als neue Prämissen kurz anzugeben, da ich wünschte, insoweit es ausführbar wäre, verständlich auch für Nichtjuristen zu schreiben.

nie aber gegenseitig zusammen verschmelzende Gebiete, nämlich: in das jus civile, diejenige rigoristische Praxis, welche, durch locale und historische Momente erzeugt, nur für den Römer als solchen existirte (z. B. fidejussio) und in das jus gentium oder naturale, diejenige Praxis, die das Recht handhabte, welches man (z. B. das constitutum debiti alieni) als Erzeugniss der naturalis ratio betrachtete, nicht um deswillen, weil die speculirende Vernunft sich derselben als einer Nothwendigkeit war bewusst geworden, sondern weil man empirisch die Ueberzeugung gewonnen hatte, dass alle dahin einschlagende Institute ein Bedürfniss der naturalis ratio sein müssten, indem man sie sonst nicht überall finden würde, wo es Menschen und eine naturalis ratio gäbe. So war den Römern selbst die Sclaverei ein Institut des juris gentium oder juris naturalis; denn bei allen ihnen bekannten Völkern gab es Sclaven. Neben der zweigliederigen Eintheilung in jus civile einer- und naturale oder gentium andrerseits, kommt noch eine dreigliederige in jus civile, gentium und in ein von letzterem verschiedenes jus naturale vor, welche, keine unter einander abweichende Sphären der Rechtspraxis bezeichnende Eintheilung auf der Ansicht beruht, dass gewisse Rechtsinstitute von der animalischen, andere von der über dieser stehenden menschlichen Natur und endlich andere von den Beziehungen der Menschen als Staatsbürger bedingt sind.

Die zweigliederige, von der Mehrzahl der Juristen festgehaltene Eintheilung findet sich in Gaj. Lib. I. I. §. 1. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.

Ulpian stellt die dreigliederige Eintheilung auf in l. 1. §. 2. 3. u. 4. de just. et jure. (1. 1.) Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum jus tripertitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.

§. 3. Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri.

§. 4. Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit

Mit höchster Evidenz legt in diesen Gegensätzen sich die Unwissenschaftlichkeit römischer Juristen dar. Es ist und bleibt ein arger Fehlgriff von einem jure zu sprechen, quod natura omnia animalia docuit, von einem Rechte cujus peritia etiam ferae censentur und offenbar sich auch nicht im Entferntesten bewusst geworden zu sein, dass die maris et feminae conjunctio an sich und eben so in den damit verbundenen Folgen, namentlich die educatio liberorum bei den Menschen etwas ganz anderes als bei den Thieren wird, von einer Identität hier eben so wenig gesprochen werden kann, als Wein und Wasser identisch sind, weil man mit beiden eine Flamme löschen kann. Die zweigliederige Eintheilung ist nicht viel besser, weil sie das jus gentium oder jus naturalis rationis zu etwas rein empirischen macht, wobei nicht unbemerkenswerth ist, dass sich Ulpian auch bei seiner dreigliederigen Eintheilung zu keiner höheren Ansicht emporschwingt. M. s. dessen Worte in l. 4. de justit. et jure. (1. 1.). Manumissiones quoque juris gentium sunt.

Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est; manumissus liberatur potestate. Quae res a jure gentium originem sumsit; utpote quum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, quum servitus esset incognita; sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis, et quum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria genera esse coeperunt: liberi, et his contrarium servi, et tertium genus liberti, id est hi, qui desierant esse servi. Jedenfalls hat ein Wissen, wie es sich in l. 4. cit. darlegt, nicht Anspruch auf den Namen einer Wissenschaft, wenigstens nicht nach Aristoteles, dem Wissenschaft die aus der erkannten Natur eines Dinges sich ergebende ewige und unveränderliche Nothwendigkeit ist *). Wäre es aber nicht wünschenswerth, dass die heutigen Lehrer des Rechtes dieser Unwissenschaftlichkeit, womit die römischen Juristen den gegebenen Stoff aufgefasst haben, sich bewusst geworden und bemüht gewesen wären das gleiche Bewusstsein auch in den Schülern und Lesern anzuregen? Denn sobald wir eine Rechtswissenschaft postuliren und nach solchen Anzeigen die Fragmente der alten Juristen nur Fragmente einer Praxis, nicht aber einer Wissenschaft sein können, so scheint die juristische Litteratur hauptsächlich die Aufgabe zu haben, die im Corpus juris überlieferten unwissenschaftlichen Stoffe zu einer Wissenschaft zu verarbeiten und nach welcher Methode dies geschehen solle die vorläufig wichtigste Frage zu sein. v. S. handelt in Bd. 1. Beilage I. S. 413—420 über jene Eintheilungen. Allein statt das Kind beim rechten Namen zu nennen, beschränkt er sich darauf, zu bemerken, dass überall der Stoff des Corpus juris in jus

*) ἐπιστημη . . . τι ἐςτιν, ἐντευθεν φανερον, εἰ δει ἀκριβολογεισθαι, και μη ἀκολουθειν ταις ὁμοιοτησιν. παντες γαρ ὑπολαμβανομεν, ὁ ἐπιςταμεθα, μη ἐνδεχεσθαι ἀλλως ἐχειν· τα δε ἐνδεχομενα ἀλλως, ὁταν ἐξω του θεωρειν γενηται, λανθανει εἰ ἐστιν ἠ μη. Εξ ἀναγκης ἀρα ἐςτι το ἐπιςτητον· ἀΐδιον ἀρα· τα γαρ ἐξ ἀναγκης ὀντα ἁπλως παντα ἀΐδια, τα δ' ἀΐδια ἀγενητα καὶ ἀφθαρτα. Eth. Nicom. Berlin 1831. p. 98. 17.

civile und gentium zerfalle, und dabei bemüht er sich selbst, die dreigliederige Eintheilung zu beschönigen *).

Wie nun aber haben sich, in Hinsicht auf gedachte Eintheilung, die Verfasser der Institutionen benommen? Hier lesen wir Ulpian's Eintheilung in §. 4. de justitia et jure. (1. 1.) Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem. Dicendum est igitur de jure privato, quod *tripertitum* est: collectum est *enim ex naturalibus praeceptis, aus gentium, aut civilibus.* Ebenso in §. 1. de jure naturali ct. ct. (1. 2.) lesen wir: omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus

*) S. 415—418. „Das erste, was an dieser Eintheilung auffällt, und weshalb man sie oft hart getadelt hat, ist das den Thieren zugeschriebene Recht und Rechtsbewusstsein. Allein wenn man nur den allerdings übel gewählten Ausdruck preisgiebt, so lässt sich die Ansicht selbst, von dieser Seite wohl vertheidigen. Jedes Rechtsverhältniss hat zur Grundlage irgend einen Stoff, auf welchen die Rechtsform angewendet wird, und der also auch abstrahirt von dieser Form gedacht werden kann. Diese Materie ist in den meisten Rechtsverhältnissen insoferne von willkührlicher Art, dass ein dauerndes Bestehen des Menschengeschlechts auch ohne sie gedacht werden kann; so bei dem Eigenthum und den Obligationen. Nicht so bei den zwei oben genannten Verhältnissen, die vielmehr allgemeine Naturverhältnisse sind, den Menschen mit den Thieren gemein, und ohne welche das Menschengeschlecht gar kein dauerndes Dasein haben könnte. In der That also wird nicht das Recht, sondern die Materie des Rechts, das demselben zum Grunde liegende Naturverhältniss, den Thieren zugeschrieben. Diese Ansicht nun ist nicht nur wahr, sondern auch wichtig und der Beachtung werth; nur eignet sie sich nicht zu einer Eintheilung des Rechts, namentlich für das praktische Bedürfniss der Römer. Veranlassung dazu gab ohne Zweifel die Wahrnehmung, dass die Rechtsinstitute, auch wenn sie sich bei allen fremden Völkern fänden, dennoch in verschiedenem Grade als natürlich angesehen werden müssten. So z. B. konnte man nicht verkennen, dass die erste Entstehung der Sclaverei aus Gewalt, aus Zufall und Willkühr, abzuleiten sei: ja es ist möglich, dass die Natur dieses Verhältnisses zu der ganzen Ansicht den Anstoss gegeben hat. Allein die ganze hierauf gegründete Eintheilung ist zu verwerfen. Erstlich weil an sich die Unterscheidung des mehr oder weniger Natürlichen eine willkührliche und

constituit, id ipsius civitatis proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Diese Stelle verstattet Ulpians jus naturale als eine Gattung des juris gentium anzusehen, und so bliebe die dreifache Eintheilung beibehalten. Entschieden waltet sie in pr. de libertinis (1. 5.). Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est datio libertatis. Nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur a potestate. Quae res

schwankende ist: zweitens weil die Eintheilung, so gefasst, lediglich das allgemeine, unbestimmte Dasein der Rechtsinstitute betraf, und daher unfruchtbar bleiben musste: die weit wichtigere Ausführung in einzelnen Rechtsregeln lag ganz ausser ihrem Gebiet. Nicht so bei der zweigliederigen Eintheilung, in welcher auch der Gegensatz der Rechtsregeln sichtbar wird, und die deswegen für die Anwendung auf das Rechtssystem allein Brauchbarkeit hat.

Es lässt sich aber auch zeigen, dass die zweigliederige Eintheilung im Röm. Recht stets die Herrschaft behauptet hat. Dafür könnte man schon die grössere Zahl der dafür angeführten Zeugnisse geltend machen. Doch lege ich darauf weniger Gewicht, da die Auswahl der Stellen, die wir darüber besitzen, sehr zufällig gemacht sein kann. Dagegen halte ich für ganz entscheidend den grossen Einfluss derselben, der sich durch das ganze Rechtssystem nachweisen lässt, anstatt dass die dreigliederige in keiner einzelnen Anwendung erscheint. Ueberall nämlich finden wir in den Rechtsinstituten und in einzelnen Rechtssätzen einen aus zwei, nicht aus drei Gliedern bestehenden Gegensatz; das zweite Glied bezieht sich stets auf das jus gentium, und wird dennoch (was keinen Zweifel übrig lässt) regelmässig durch den Ausdruck naturalis bezeichnet. Zwar könnte man auch dieses nur als eine Vermehrung der Zeugnisse für die zweigliederige Eintheilung ansehen, so dass auch in ihnen nur der fortdauernde Streit der Meinungen, nicht der reelle Sieg der einen Meinung sichtbar wäre. Allein Ulpian selbst hat in sehr vielen Stellen diese Auffassung und Bezeichnung, und es ist also klar, dass auch er die dreigliederige Eintheilung nur als eine unschuldige Speculation im Allgemeinen aufstellte, in allen wichtigen Anwendungen aber durch das ganze Rechtssystem davon keinen Gebrauch zu machen versuchte."

a jure gentium originem sumsit; utpote quum *jure naturali* omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, quum servitus esset incognita. Sed *posteaquam jure gentium* servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et quum uno communi nomine homines appellarentur, jure gentium tria genera esse coeperunt: liberi, et his contrarium servi, et tertium genus libertini, qui desierant esse servi. So bildet auch in §. 2. I. de jure naturali, gentium et civili — 1. 2. — (wo schon im Titel die dreigliederige Eintheilung sich ausspricht) jus naturale eine Differenz zum Jus gentium. Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium; nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur; Romani enim Quirites a Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus; sicuti quum poëtam dicimus nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Virgilius. *Jus autem gentium omni humano generi commune est.* Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt; bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt *naturali juri contrariae. Jure enim naturali omnes* homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emtio, venditio, locatio, conductio, depositum, mutuum et alii innumerabiles. Offenbar nehmen aber auch die Verfasser der Institutionen in §. 1. und 18. de R. div. et qual. (2. 1.) die zweigliederige Eintheilung an *) und erklären sich in §. 11. ibid. sogar dahin, sie hätten ausgesprochen, jus naturale und gentium sei identisch. §. 11. Singulorum

*) §. 1. Et *quidem naturali jure* communia sunt omnium haec: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, *quia non sunt juris gentium*, sicut et mare.
§. 18. Item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

autem hominum multis modis res fiunt; quarundam enim rerum dominium nanciscimur *jure naturali*, *quod, sicut diximus*, *appellatur jus gentium*; quarundam jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit; civilia enim jura tunc esse coeperunt, quum civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi coeperunt.

Das erklärt nun auch v. S. S. 419 für ein völlig gedankenloses Verhalten. Die Grösse einer solchen Gedankenlosigkeit ist aber von der Art, dass man nicht zweifeln kann, gleiche und viel grössere Sünden müsse man auch in den Pandecten wahrnehmen, in die eine Harmonie zu bringen unendlich schwerer als bei den Institutionen war.

Eine andere nicht geringere Kopflosigkeit (für eine augenscheinliche Uebereilung, die unbedachte Abschrift unpassender Worte, erkennt sie auch v. S.'s allzu euphemistische Ausdrucksweise S. 285 und 286) in §. 39. I. de act. (4. 6.) die hier besonders hervorgehoben wird, weil ich auf die einschlagenden Stellen weiter unten in einem andern Zusammenhange gedenke zurückzukommen. Contextlos, weil die vorhergegangene Stelle der Handschrift verloren ist, findet sich in Lib. IV. 61. des Gajus folgende, in den hier marquirt abgedruckten Sylben und Worten aus Justinians Institutionen ergänzte Stelle überliefert: contin*etur*, *ut* habita ratione ejus, quod *invicem actorem ex* eadem causa *praestare* oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare.

Aus dem Nächstfolgenden ersehen wir, dass jene Worte sich auf die Compensation bezogen. Fand sich, dass auch der klagende Gläubiger an den beklagten Schuldner zu zahlen hatte, denn sollte letzterer nur in den verbleibenden Ueberrest condemnirt werden, wobei jedoch Identität der causa vorausgesetzt wurde. War z. B. der Beauftragte schuldig für Rechnung des Auftraggebers eingezogene Gelder demselben auszuantworten, hatte aber mit Einziehung derselben verbundenen Aufwand zu bestreiten gehabt, so wurde dieser abgerechnet, wogegen keine Abrechnung eingetreten wäre, wenn der

Auftragsgeber einen gleich grossen Betrag dem Beauftragten wäre als Erborger schuldig geworden. Schon in Pauli rec. sent. Lib. II. tit. 5. §. 3. ist die Identität der causa nicht mehr Erforderniss der Compensation *). Späterhin sanctionirte Justinian, dass *ipso jure* die Compensation gegen jede persönliche und Realklage eintreten solle, insoferne jene sofort liquid sei und nur der Depositarius und wer alienam possessionem injuste occupirt habe, dürfe sie nicht in Anspruch nehmen. l. 14. C. de compensat. (4. 31.) Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. §. 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam, jam paene expeditam, sententia terminali componant; excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.

*) Beiläufig bemerkt: es scheint mir nicht so völlig ausgemacht, dass sie — wie v. S. in n. d. S. 285 sagt — nicht mehr habe fortdauern können, seitdem Marc Aurel (die Belegstelle weiter unten) die Compensation auch auf die stets einseitige Stipulationsklage angewendet habe. In unzähligen Fällen war die Einseitigkeit der Stipulationsklage nur etwas formelles. Denn wenn die Leistung durch Stipulation und durch eine andere die Gegenleistung versprochen war, so fand sich materielle Identität der causa und auch Marc Aurel's Verordnung, es dürfe die auf Stipulation beruhende Compensation in Gestalt einer exceptio doli geltend gemacht werden, kann sehr wohl diese materielle Identität vorausgesetzt haben, die dem Gajus Bedingung der compensatio ist. Ich bemerke dies als ein Beispiel des Ungenügenden in den rechtshistorischen Ueberlieferungen der Justinianeischen Werke.

§. 2. Possessionem etiam alienam perperam occupantibus compensatio *non datur* *).

Nach diesen Vorgängen war es ganz in der Ordnung, dass in Justinians Institutionen niedergeschrieben wurde, was wir in §. 30. I. de action. lesen. In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, *si quid invicem praestare* actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque; excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

*) Ich verbinde hiermit folgende, für die vorliegenden Betrachtungen nicht unwichtigen Bemerkungen:

1. Das ipso jure, welches aus Pauli rec. sent. abgeschrieben sein kann, ist ein gedankenloser Zusatz. Denn nachdem der ordo judiciarum verschwunden war und die processualische Verhandlung nicht mehr in die Instruction vor dem Prätor und die Ausführung des Thatsächlichen vor dem judex pedaneus zerfiel, hatte es keinen Sinn mehr von einer ipso jure untergegangenen Obligation zu sprechen. Dass hier und in hundert andern Stellen des Justinianeischen Rechtes das bedeutungslos gewordene ipso jure vorkommt, hat die komische Folge, dass manche Urthelsverfasser Forderungen, von denen sie das ipso jure Vernichtetsein prädicirt finden, mit einer besonderen Aversion glauben ansehen zu müssen.

2) Sehr unbekümmert lässt es die Rechtslehrer, ob es denn so unbedingt für einen Fortschritt der Praxis anzusehen sei, dass hinsichtlich der Compensation die Identität der causa ist aufgehoben worden? An einem weiter unten zu bemerkenden Falle wird sich erweisen, dass es nicht so unbedenklich fällt diese Frage zu bejahen.

3) Da nur die Vergleichung zwischen Geld und Geld, oder, was auf eines und dasselbe herauskommt, Sachen, die einen Marktpreis haben, eine mit einem bestimmten Saldo abschliessende Rechnung verstattet, so scheint es auf den ersten Anblick widersinnig, Compensation gegen jede Klage zu verstatten, welcherlei Art auch das Ob-

Um nichts weniger bekennen sich die Institutionen in einem nachfolgenden §. und zwar des nämlichen Titels zu des Gajus, die Identität der causa verlangenden Lehre. M. s. §. 39. eod.

Compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debebatur. Namque ex bono et aequo habita ratione ejus, quod invicem actorem *ex eadem causa praestare* oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, *sicut jam dictum est.* Da dies mit des Gajus unveränderten Worten geschieht, so sieht man deutlich, dass der immense Widerspruch entstanden ist, weil die Redaction bei §. 39. sich mit gedankenlosem Abschreiben begnügte, ohne Erinnerung daran, dass etwas ganz anderes geltenden Rechtes war und selbiges in §. 30. sich ausgesprochen fand. Eine Redaction, die so zu faseln vermag, hat keinen Anspruch darauf, dass man System oder Methode bei ihr voraussetze.

Einen weitern, wo möglich schlagendern Beweis dafür, dass Justinians Rechtsbücher von Männern sind zu-

ject derselben sei. Jedoch von diesem Tadel darf Justinian freigesprochen werden. Denn daferne, was jedoch unter unsern heutigen Juristen noch keinesweges ausgemacht ist, bei den Römern und bis zu Justinian, auch in den Fällen, wo ein factum oder eine specielle Sache Object der Klage war, die Condemnation immer nur auf die litis aestimatio ging, so liess jedes Object einen sichern Vergleich mit einer Compensationspost zu; das cit. Gesetz, das sonst völlig unsinnig wäre, dient dieser Ansicht zur Unterstützung. Nun denke man sich aber einen Richter, der die entgegengesetzte Meinung für die richtige hält (wie sie denn auch von der mir bekannten deutschen Praxis angenommen und durch Territorialgesetze sanctionirt ist) und frage sich, wie er mit jenem Gesetze Justinians sich zurecht finden könne, wenn er etwas anderes als Geld oder Geldeswerth gegeneinander compensiren soll?

4) Justinian verfuhr offenbar sehr zweckmässig, als er die Compensation von der sofort vorhandenen Liquidität der betreffenden Post abhängig machte. Bei uns kann der in processu ordinario Verklagte durch vorgeschützte Compensationsposten und ihre, wie vergeblich auch immer, unternommene Beweisführung die Zahlung auf unbestimmte Zeit hinhalten, sobald er den längeren Lauf der Verzugszinsen und die mögliche Verurtheilung in die Kosten nicht scheut. So hat das neuere Recht sich sogar an bessern Einsichten Justinians zu versündigen vermocht.

sammengeschrieben worden, denen man viel zu viel Ehre anthut, wenn man ihnen irgend etwas zutraut, das auch nur entfernt auf den Namen Methode oder Systematik Anspruch hätte. Die Thatsache, die ich gleich näher erörtern werde, weil sie einen Beitrag giebt, sich über den Grad der Wissenschaftlichkeit aufzuklären, die postulirter Maassen bei Ausbildung des Röm. Rechts soll gewirkt haben, erkennt auch v. S. an, natürlich aber — m. s. S. 285 — nicht, was ich daraus folgere.

Wer etwas gekauft hat, ist verbunden das bedungene Kaufgeld zu zahlen, und zwar ohne Unterschied, ob in der Zwischenzeit vom Kaufabschlusse bis zur Uebergabe die Sache um 50 pr. Ct. und mehr noch verschlechtert, wohl gar untergegangen oder abhanden gekommen ist; dies alles macht keinen Unterschied, daferne nur der Verkäufer dabei nichts durch Verabsäumung desjenigen Fleisses verschuldet hat, den man von dem bonus paterfamilias erwartet. l. 35. §. 4. de contr. emt. — talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonis paterfamilias suis rebus adhibet. Soll der Käufer dieser Gefahr nicht ausgesetzt sein, d. h. bei Untergang oder Verschlechterung der Sache ganz oder verhältnissmässig von Zahlung des Preises befreit werden, so bedarf es hierzu einer besonderen ausdrücklichen Uebereinkunft, wodurch der Verkäufer das periculum rei übernimmt.

Ich leugne, dass diese Praxis rationel ist. Die aus einem Contracte entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten sind nicht blos nach dem zu bestimmen, was sich die Parteien gegenseitig ausdrücklich zugesagt haben, sondern auch nach den unausgesprochenen Voraussetzungen, welche, dass sie gemacht waren, sich für die Contrahenten gegenseitig von selbst verstand. Nun versteht es sich wohl aber von selbst, dass der Käufer beabsichtigte, den Preis gegen Empfang der Sache, der ihrer Qualität und Quantität nach ungeschmälerten Sache zu zahlen *). Wie sind die Römer dazu gekommen, die ganz

*) Darum scheint es aber auch lobenswerth, dass das östreichische Gesetzbuch sich zu dem Grundsatze bekennt: venditor fert periculum.

entgegengesetzte Ansicht zu nehmen? Ohnstreitig dadurch, dass ihnen das jus gentium und dasjenige, was in diesem ohne Beobachtung vorgeschriebener Formen erreicht wurde, in dem früheren jure civili vorgebildet war, während die Formen, welche das jus civile bei dem Kaufe beobachtete, das sich gegenseitige Bedingen der Zahlung und Uebergabe der Anschauung entzogen. Denn ein Kauf wurde mit Beobachtung der Formen des juris civilis in der Maasse hergestellt, dass zwei einseitige Contracte gemacht wurden, der Verkäufer mittelst der Stipulationsformel versprach das Grundstück dem Käufer zu mancipiren, der Käufer, der nämlichen Formel sich bedienend, dem Verkäufer eine bestimmte Summe Geld zu zahlen versprach. So wurde der zweiseitige Contract hergestellt in Gestalt von zwei einseitigen, deren Natur es mit sich brachte, dass auf Beurtheilung des einen der andere von gar keinem Einflusse war. Späterhin vertrat in dem jure gentium der an keine äussere Form gebundene Kauf jene zwei Stipulationen und man übertrug auf jenen, was bei diesen Rechtens gewesen wäre, welche, der Form nach, zwei einseitige Contracte ihre materielle Gegenseitigkeit der Wahrnehmung entzogen *). Da aber den Verkäufer nur insofern das periculum traf, als er nicht diligentiam boni patrisfamilias bewährt hatte **)

*) M. vergl. mit diesen Bemerkungen v. S. a. a. O. „In §. 3. I. de emt. (3. 24.) wird gesagt, für die custodia eines Sclaven sei der Verkäufer nur durch besonderes Versprechen verpflichtet, ausserdem nicht. Das hängt damit zusammen, dass Sclaven auch bei andern Rechtsgeschäften nicht custodirt zu werden brauchten. l. 5. §. 6. 13. commod. (13. 6.) Nun setzt aber der angeführte §. der Institutionen, nach Erwähnung des Sclaven, noch hinzu: Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Durch diesen Zusatz wollten die Compilatoren sagen, es sei in der zuerst vorgetragenen Regel (die sie ohne Zweifel wörtlich aus einem alten Juristen entnommen hatten) nur zufällig ein Sclave genannt, wodurch also der Satz noch praktischer werden sollte: sie übersahen aber dabei, dass es nicht zufällig war, sondern dass in der That bei andern beweglichen Sachen die entgegengesetzte Regel gilt, und zwar aus gutem Grunde. l. 35. §. 4. de contr. emt. (18. 1.) l. 3. l. 4. §. 1. 2. de peric. (18. 6.)“

**) Auch bei der einseitigen Stipulation trat das nämliche Verhältniss, dies jedoch nur dann ein, wenn man eine dem Kaufpreise gleiche

und auch den leibeignen Dienstboten kein paterfamilias in Ketten und Banden festhält, so brachte es die Consequenz mit sich, dass wenn der verkaufte Sclave entlaufen war oder geraubt worden, dies dem Verkäufer nicht zur Last fiel, da, wie gedacht, der bonus paterfamilias jene physische Freiheit, die das Entlaufen und Geraubtwerden möglich macht, auch dem Sclaven lässt. **Sollte dies dem Verkäufer zur Last fallen, so musste er sich ausdrücklich verpflichtet haben custodiam hominis zu leisten.** Nachdem in §. 3. I. de emt. vendit. (3. 24.) dieser richtige aber nur exceptionelle Satz ausgesprochen worden, wird hinzugesetzt: „*idem* et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus," und somit lehren die Institutionen, dass, ist nicht etwas anderes ausgemacht, der Verkäufer eines Pferdes den Kaufpreis für dasselbe auch dann erhält, wenn es ihm aus dem offenen Stalle entlaufen ist, in dem es unangehalftert stand, der Verkäufer einer Uhr deren Preis auch dann bekömmt, wenn sie ihm, offen in dem unverwahrten Vorsaale daliegend, ist entwendet worden. Diese eine unwissenschaftliche Praxis — denn dafür halte ich das emtor fert periculum — bis zur schreienden Widersinnigkeit steigernden Worte sprechen die Institutionen aus, nachdem sie wenige Zeilen zuvor gesagt haben: quidquid *sine dolo et culpa* venditoris accidit, in eo venditor securus est. Was braucht es mehr Zeugniss?

Nach diesen Abschweifungen nehme ich die Frage wieder auf: Wie sollen wir, wenn wir auf Widersprüche in Justinians Rechtsbüchern stossen, Harmonie in das gedankenlos zusammengeworfene Aggregat bringen?

Summe sich für den Fall stipulirte, wo dolus oder culpa des Verkäufers die Möglichkeit der Uebergabe verhindern würde

§. 11.

v. Savigny's die am Schlusse von §. 10. aufgeworfene Frage zu beantworten bestimmte Theorie. (Bd. 1. §. 43—45. S. 269—289.)

Anerkannt wird von v. S., dass Widersprüche zwischen einzelnen Stücken der Justinianeischen Gesetzgebung (S. 268) vorkommen und zwar, wie dies schon die oben bemerkten Beispiele aus den Institutionen beweisen, nicht blos zwischen diesem und jenem Bestandtheile des Corp. juris, sondern auch gegenseitig in Stellen eines und desselben Bestandtheiles. Da nun, wie v. S. ebenfalls S. 288 anerkennt, diese augenscheinliche Wirklichkeit und das dadurch eintretende unabweisliche Bedürfniss die Widersprüche aufzuheben nicht dadurch beseitiget wird, dass Justinian die in „grosser Ausdehnung" vorhandene Existenz solcher Widersprüche ausdrücklich ableugnet, so ist durch dies Ableugnen einer- und die entgegengesetzte Thatsache andrerseits abermals die entschiedene Gedankenlosigkeit der Verfasser der Justinianeischen Rechtsbücher documentirt. Geradezu unmöglich ist es, dass also beschaffenen Köpfen nur auf halbweg leidliche Weise gelungen sei, herzustellen, was Justinian auch nach v. S.'s Ansicht unbezweifelt hat herstellen wollen, ein (S. 270) zusammenhängendes Ganze, das ein eigentliches Gesetzbuch d. h. „ein Werk sein sollte, aus welchem ausschliessend die Entscheidung jedes Rechtsfalles genommen werden dürfte, und das auch zu diesem Zwecke völlig hinreiche." Wenn nun weiter: dieses Ziel erreicht werden sollte durch „eine Auswahl aus dem in grossem Umfange vorhandenen Rechtsmaterial, dergestalt dass die ausgewählten Stücke mit unzerstörter historischer Gestalt, zu einem neuen Ganzen zusammengefügt wurden," so ist weiter gewiss, dass wir anstatt dessen, was jene Männer zu liefern nicht im Stande waren, statt eines Gesetzbuches nichts anderes haben, als schriftliche Fragmente rechtsgeschichtlicher Zustände, die sich von Roms ältesten bis in dessen spä-

teste Zeiten hingezogen haben, dieser Fragmente Einheit und Ganzheit aber nur jene äusserliche sein kann, welche die Zusammenfassung unter einer collectiven Ueberschrift herstellt. Uebrigens sind diese Fragmente in nichts weniger als unzerstörter historischer Gestalt zusammengefügt *). Auch überschreitet der Aberwitz, mit welchem die Schriften der Juristen in Fragmente zerstossen und diese Fragmente durcheinander geworfen sind, alle Vorstellungen. Man nehme z. B. in einem Titel, welcher dem Gegenstande nach, den die Ueberschrift ankündiget, höchst wichtig ist, in dem de probationibus et praesumtionibus (22. 3.) l. 1. Papinianus lib. III. Quaestionum. Quoties quaereretur, genus vel gentem quis haberet, nec ne, eum probare oportet, und gleich darauf l. 2. Paulus lib. LXIX ad Edictum. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Welche heillose Anwendung Theoretiker und Praktiker, die Pandecten der Absicht der Compilatoren nach als ein Gesetzbuch betrachtend, von l. 2. cit. gemacht haben, ist bekannt. Somit kann, auch abgesehen von directen Widersprüchen, das Corpus juris keinen Gebrauch als Gesetzbuch verstatten, sondern wir können damit weiter nichts belegen, als dass dieser oder jener Rechtssatz ohnstreitiger, wahrscheinlicher oder möglicher Weise zu dieser oder jener Zeit in Rom gegolten habe. Mit solchen Ein-

*) Z. B. — solcher Beispiele giebt es unzählige — in l. 7. §. 3. de jure dotium (23. 3.) lesen wir aus Ulpians Lib. XXXI. ad Sabinum entnommen: Proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debebat misso nuntio; enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. Sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli, aut in factum; doti enim destinata non debebunt vindicari; und unmittelbar darauf ist, aus Callistratus Lib. II. quaestionum entnommen, folgendes zu lesen: sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur. Hier sind offenbar des Callistratus Worte aus dem genuinen Zusammenhange gerissen, und also nicht blos ihre historische sondern alle eigenthümliche Gestalt ihnen benommen. Wie in l. 25. de probationibus (22. 3.) einem Fragmente eines alten Juristen ist mitgespielt worden, belegt §. 13. S. 39 flgd. Bd. 3. der Rechtsfälle.

zelnheiten ist aber nichts für einen geordneten Rechtszustand gewonnen.

Diese Ansicht weiter zu rechtfertigen, unterwerfen wir einer umständlicheren Beurtheilung alles, was v. S. über die Art und Weise sagt, wie wir in dem Corpus juris enthaltene Widersprüche ausgleichen sollen. Dabei wird sich an den Tag legen nicht nur mehr noch als in dem Obigen die Kopflosigkeit der Compilatoren und die entschiedene Unmöglichkeit ihr Werk zweckmässig zu dem Zwecke zu gebrauchen, der damit erfüllt werden soll, sondern auch die Grösse der Befangenheit, welche dazu gehört, anstatt diese Ueberzeugung zu theilen, die Justinianeischen Rechtsbücher für ein gar nicht unlöbliches Werk anzusehen, in das man fort und fort alle Heilmittel hinein zu tragen sucht, wodurch die mit dessen officinellem Gebrauche verbundenen Inconvenienzen sollten beseitiget werden.

Als Grundsatz, aus dem er besondere Regeln für die Behandlung einzelner Widersprüche, die uns in den drei Rechtsbüchern, Institutionen, Pandecten und Codex *)

*) Was v. S. über die Novellen sagt ist unbestreitbare Wahrheit, (m. s. S. 268—270): „Es ist nöthig die Novellen von den drei Rechtsbüchern zu unterscheiden. Die Novellen waren dazu bestimmt, als einzelne Gesetze nach und nach das Recht abzuändern und fortzubilden; zu einer Sammlung sind sie von dem Gesetzgeber niemals vereinigt worden. Daher muss im Fall eines Widerspruches jede Novelle nicht nur den drei Rechtsbüchern, sondern auch jeder andern älteren Novelle, unbedingt vorgezogen werden. Auch ist hier die Voraussetzung eines Widerspruches unbedenklicher, also der Versuch der Vereinigung weniger strenge nöthig, als bei den Rechtsbüchern, da es gerade die Bestimmung der Novellen war, das Recht abzuändern. Zwar sind alle Novellen gleichzeitig mit den Rechtsbüchern bei uns recipirt worden, und man könnte glauben, dass dadurch der natürliche Vorzug, der ihnen als neueren Gesetzen zukam, wieder vernichtet wäre. Allein jene Reception geschah doch im Sinne von Justinian, als eines von ihm hinterlassenen Vermächtnisses von Gesetzen, folglich ganz in der Art, wie sich die Gültigkeit derselben am Ende seiner langen Regierung von selbst festgestellt hatte. Damals nun hatten bereits die Novellen das ihnen entgegenstehende frühere Recht vernichtet, und es ist also für uns ganz gleichgültig, dass wir die Novellen gleichzeitig mit dem früheren Rechte recipirt haben.

vorkommen mögen, ableitet, spricht er aus (S. 273): Diese drei Rechtsbücher sind bestimmt zu gelten als Ein grosses zusammenhängendes Werk, ihre nicht völlig gleichzeitige Promulgation ist ohne Einfluss und man kann sie, ohne Gefahr eines Irrthums, so behandeln, als ob sie gleichzeitig promulgirt worden wären.

Ueber die Pandecten sagt v. S. (S. 270 u. 271) folgendes: „In dem neueren Rechtsgebäude waren die Pandecten das Hauptstück, das einzige für sich verständliche und zugleich für die Anwendung nicht unzureichende, an welches sich die zwei andern Stücke nur anschliessen als Auszug oder als Ergänzung. In dieser ihrer Stellung liegt jedoch kein Grund, ihren Inhalt dem Inhalte der andern Stücke gerade vorzuziehen.“

Wenn verstehen so viel heisst, als mit einer Rede den Sinn verbinden, welchen der Redende damit verband, so sind die Pandecten nicht für sich verständlich; denn z. B. mehr als eine der von Schenkungen sprechenden Stelle der Pandecten sind nur erst dann verständlich geworden, als die Vaticanischen Fragmente wieder aufgefunden waren und die Entdeckung des Gajus hat trotz aller Lücken in der Handschrift ein ganz neues Verständniss des Corpus juris in so weitem Umfange herbeigeführt, dass wir überzeugt sein müssen, wenn z. B. Julians und Ulpians Bücher ad edictum aufgefunden würden, so müsste die nämliche Erscheinung sich in noch weiterem Umfange wiederholen. Und da Justinian befahl seine Collectionen als die einzige Quelle der Rechtskenntniss zu betrachten (was einem Zeitalter, in dem man so etwas gebieten konnte, gewiss nicht zum zweiten Male brauchte geboten zu werden) so waren jene Collectionen gewiss noch unverständlicher in den Tagen Justinians als in unsern, obschon für diese Unverständlichkeit die Masse der juristischen Litteratur immer noch vollwichtiges Zeugniss ablegt. Hier hebe ich eine besondere Seite dieser Unverständlichkeit aus, welche in engem Zusammenhange mit der Frage steht, wie wir uns verhalten sollen, wenn wir in den Justinianeischen Rechtsbüchern Widersprüche

entdecken, während v. S. diese Frage nicht in der eben angegebenen Beziehung erörtert hat. Es giebt in den Quellen eine Menge Stellen, deren Inhalt der theoretischen Betrachtung an keinem Widerspruche zu leiden scheint; jedoch um nichts weniger ereignet es sich sehr oft, dass die Praxis darinne den allergrössten Widerspruch wahrnimmt. Z. B. es soll, Depositum und Occupatio alienae possessionis ausgenommen, nach Justinianeischem Rechte compensirt werden wo nur irgend möglich. Niemand wird es als dem widersprechend ansehen, dass wir in l. 8. §. 9. mandati (77. 1.) lesen: Dolo autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit, und l. 44. eod.: dolus est, si quis nolit persequi, quod exigere potest, aut si quis nolit solvere, quod exegerit, und also es dolus sein soll, ist nicht herauszugeben, was man herauszugeben im Stande. Nun aber nehme man folgenden Fall: Ein Kaufmann, der bald darauf seine Insolvenz zu erklären genöthiget war, hatte einem andern ein bedeutendes Lager roher Wolle in Commission gegeben, um dieselbe gegen Baarzahlung zu verkaufen. Bald darauf meldet der Commissionär den Auftrag effectuirt zu haben; anstatt aber den Erlös mit einzusenden, welcher, beiläufig gesagt, baar übermacht, den Committenten aus den augenblicklichen Verlegenheiten gezogen und den Concurs abgewendet hätte, zeigt er an, eine Forderung, die dem Abnehmer gegen den Committenten zustand, von ersterem an sich gekauft, und, die gekaufte Forderung von dem Erlös abgerechnet, nun nicht nur nichts herauszugeben, sondern noch einen Saldo zu fordern zu haben. Diesem Verfahren stand nach Justinians Gesetz über die Compensation nichts im Wege, hingegen nach den bemerkten Stellen mandati, war es dolus sich willkührlich in eine Lage gebracht zu haben, die der mit dem Mandate übernommenen Verbindlichkeit zu Ausantwortung des Erlöses elidirend in den Weg treten sollte *). Bei directen Widersprüchen kann jedenfalls nur die eine

*) Auch beweist dieser Fall (m. s. oben) dass es nicht so unbedenklich als ein Fortschritt der Praxis anzusehen ist, die Compensation ohne Identität der causa nachzulassen. Ohne diesen Fortschritt wäre dem Kaufmanne die Insolvenzerklärung erspart worden.

oder die andere Proposition wahr sein. Hier aber sind beide wahr, beide passen auf den vorliegenden Fall. Soll Justinians Vorschrift über die Compensation angewendet werden, hier wo Justinian keine der nicht zugleich anwendbaren Vorschriften beschränkt hat? Das Gebiet der Widersprüche ist also grösser, als es v. S. annimmt und tritt uns häufig in einer viel bedenklicheren Form entgegen, als es in der Form des directen Widerspruches der Fall ist.

Ohngeachtet ich nach obigen Bemerkungen nicht kann damit übereinstimmen, dass die Pandecten Anspruch auf das Prädicat der Verständlichkeit und Ausreichendheit für die Anwendung hätten, bin ich es doch allerdings damit, dass in Hinsicht derselben kein Grund vorliegt zu behaupten, es habe Justinian dieselben als einen vorzugsweise zu berücksichtigenden Bestandtheil wollen angesehen wissen; und auch denjenigen Gründen muss man beistimmen, aus welchen v. S. das Nämliche von den Institutionen, sich bei diesen auf pr. I. §. 6. und l. 2. §. 11. C. de vet. j. enucl. (1. 17.) beziehend *) und von dem Codex **) behauptet.

Nachdem bereits oben ist gezeigt worden, wie kopflos man bei Abfassung der Institutionen zu Werke gegangen ist und wie deren Verfasser hin und wieder, so

*) S. 271. „Von den Institutionen haben Manche behauptet, sie müssten dem Uebrigen vorgehen als eigenes von Justinian herrührendes Werk: Andere, sie müssten nachstehen als blosser Auszug der Digesten; beides unrichtig. Ihre Bestimmung zu einem Lehrbuch in den Rechtsschulen kommt hier nicht in Betracht. Als Bestandtheil der Gesetzgebung bilden sie eine einzelne Justinianeische Constitution, und sie sind in dieser Beziehung den grösseren Rechtsbüchern weder vorzuziehen noch nachzusetzen.“

**) Ebendaselbst und S. 272. „Für den Codex endlich ist von Manchem nicht ohne Schein ein allgemeiner Vorzug vor den übrigen Stücken, ähnlich dem Vorzug der Novellen, deswegen behauptet worden, weil dieser unser gegenwärtiger Codex um ein Jahr später als die Institutionen und Digesten Gesetzeskraft erhalten hat. Deswegen sollte im Conflict einzelner Stellen stets der Codex den Vorzug haben. Aus dieser Annahme aber würde folgendes seltsame Resultat hervorgehen. Der ältere Codex (mit unserm neueren, dem allergrössten Theile nach, sicher übereinstimmend) erschien 529. Als nachher 533

zu sagen, das Wort im Munde vergessen haben, einiges über die gleiche Kopflosigkeit, welche bei des Codex Redaction vorgewaltet hat. Bei Abfassung desselben ging Justinian in c. de novo codice faciendo von der Tendenz aus, die Menge der kaiserlichen Constitutionen zu beschneiden, multitudinem constitutionum resecandi; wenn aber damit der Zweck „prolixitatem litium amputandi" sollte erreicht werden, so hätte sich Justinian sollen bewusst werden, hauptsächlich komme es darauf an, kaiserliche Entscheidungen mitzutheilen, aus denen man vermittelst der vorliegenden Rechtsanwendung das angewendete Recht selbst zu erkennen vermöchte. Hierzu gehörte Vollständigkeit des factischen Verhältnisses, das zur Entscheidung vorlag und der Gründe der Entscheidung, wobei jedoch häufig die Vollständigkeit des ersteren die letztere hätte entbehrlich machen können. Dass ein solches Bewusstsein obgewaltet habe, ist weder bei Gelegenheit der Promulgation des alten noch des neuen Codex ausgesprochen worden und welche Masse kaiserlicher Entscheidungen lassen die Frage, wie man darauf gekommen sei, so etwas zu sagen, völlig unbeantwortet. Ist es nicht z. B. wahrhaft lächerlich in l. 16. C. de donat. (8. 54.) zu lesen: Senectus ad donationem faciendam sola non est impedimento? Ohnstreitig werden diese Worte in einem Zusammenhange gestanden haben, in dem sie keine

die Institutionen und Digesten publicirt wurden, derogirten sie dem Codex in allen widersprechenden Stellen. Zuletzt erschien 534 der neue Codex, der also wiederum den Institutionen und Digesten derogiren musste, und dadurch gerade die Stellen des ersten Codex wiederherstellte, die ein Jahr zuvor aufgehoben worden waren. Einen so leichtsinnigen Wechsel des Rechts konnte Justinian unmöglich herbeiführen wollen. Ja er konnte gar nicht an ein Derogiren dieser Art denken, weil er zwischen den Rechtsbüchern keine Widersprüche, sondern nur gänzliche Uebereinstimmung annahm. Die einzigen Stellen des neuen Codex, welche wir als derogirend betrachten könnten, ohne zur Annahme jener widersinnigen Abwechslung genöthiget zu sein, und ohne der von Justinian angenommenen Harmonie zu widersprechen, sind die wenigen, welche zwischen der Gesetzeskraft der Digesten (30. Dec. 533) und der Promulgation des Codex (17. Dec. 534) also in dem Zeitraum von weniger als einem Jahre erschienen sind."

Albernheit waren; so aber überliefert, wie wir dieselben in l. cit. aufgenommen lesen, sind sie es. Nicht einmal dessen waren die Compilatoren fähig, das Allerentbehrlichste auszuscheiden und auch nur das vorgesetzte „multitudinem resecare“ durchzuführen, wo dies zu bewerkstelligen nicht die mindeste Critik erforderte. Der triviale Satz, dass man nicht gegen den Willen des Eigenthümers schenkungsweise über dessen Eigenthum verfügen könne, findet sich in dem Titel de donationibus nicht weniger als dreimal und zwar unter Bezugnahme auf Verhältnisse ausgesprochen, bei denen, sollte man meinen, Niemandes juristische Urtheil darüber zweifeln könnte, es liege donatio rei alienae vor. Welchen Schwall durch die Digesten völlig zweck- und bedeutungslos gewordener kaiserlicher Constitutionen hat Justinian in dem Codex repetitae praelectionis mit fortgeschleppt! So habe ich z. B. in meinem Pandectenrecht S. 99—102 nachgewiesen, wie von den nicht weniger als 23 im Titel C. mandati enthaltenen Stellen ausser l. 22. u. 23., die übrigens nicht von einem Mandatsverhältnisse sprechen, keine einzige von der Art ist, dass die Pandecten ein Bedürfniss danach übrig liessen. Ferner ist man bei Compilation des Codex mit ausgezeichnetem Stumpfsinn auch insoweit zu Werke gegangen, als man sich gar keine genaue Rechenschaft darüber gegeben hat, unter welche Rubrik diese oder jene kaiserliche Entscheidung zu stellen sei. Wie wahr dies sei und welche leidige Folgen dies gehabt habe, lässt sich an l. 1. C. de cond. indebiti (4. 5.) nachweisen. Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa judicati, solutae esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris patrem tuum, cui heres exstitisti, amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes. Usuras autem ejus summae praestari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est. Diese Entscheidung in den zuerst und vor Publication der Pandecten erschienenen Codex aufzunehmen war vernünftig, denn durch sie war nunmehr gesetzlich ausgesprochen: das per errorem indebite datum kann zurückgefordert

werden, jedoch nicht mit Zinsen. Sie wieder in den Codex repetitae praelectionis unter jene Rubrik zu stellen, war durchaus verkehrt, denn nunmehr war aus ihr nichts mehr zu ersehen, was nicht schon die Pandecten satis superque gelehrt hatten. Wäre sie dagegen jetzt in den Titel de probat. (4. 14.) gezogen worden, so würde jedermann aus ihr ersehen haben, dass bei der condictio indebiti zu dem Beweise des Klagegrundes nicht der Beweis des Irrthums, sondern nur der solutio indebita erfordert werde, indem nur darauf der Kaiser Antoninus das vorgeschriebene Beweisthema einschränkt; wogegen, von der Rubrik de condictione indebiti irre geleitet, die Neueren den Accent, mich so auszudrücken, nur auf die eben bemerkte, darinne allerdings enthaltene Vorschrift legend und so die selbstständige und neue in der Stelle enthaltene Belehrung übersehend, fort und fort den schweren Irrthum vertheidigen, den ich Bd. 3. Nr. 1. bestritten habe, ein Irrthum, der um so seltsamer ist, als man nicht begreift, wie derselbe in Köpfen Raum gewinnen konnte, die zu der allgemeinen Verehrung des Röm. Rechtes ihre Zustimmung aus wirklicher Ueberzeugung zu geben behaupten.

Ich wende mich nun zu näherer Betrachtung der Methode, welche gestützt auf den Grundsatz: die Justinianeischen Rechtsbücher gelten als ein grosses zusammenhängendes Werk, v. S. zu Beantwortung der Frage eingeschlagen hat, wie man die bedeutende Masse an sich unter einander nicht vereinbarer Stellen des Röm. Rechtes dennoch zu vereinigen habe.

„Man soll den Widerspruch wo möglich durch Vereinigung in blossen Schein auflösen," d. h. nicht mehr und nicht weniger, als bevor man sich anschickt Widersprüche zu beseitigen, soll untersucht werden, ob denn ein solcher auch wirklich vorhanden sei.

Diese unbestreitbare Wahrheit stützt v. S. auf zwei Gründe: den ersten entnimmt er von der Einheit des Werkes, „worinne also die Einheit des Gedankens schon an sich als der natürliche Zustand anzusehen sei."

Allein gezeigtermassen ist die Einheit des Werkes blos eine nominative, in der Bestimmung, als einzige und alleinige Quelle der Entscheidung dienen zu sollen, positiv ausgesprochene, während die Einheit des Gedankens nicht der natürliche Zustand eines Werkes ist und sein kann, das die unverständigsten Männer aus schriftlichen Resten ältester, mittler und neuester Zeit übereinander gehäuft haben.

Den andern Grund entnimmt v. S. aus Justinians ausdrücklicher Versicherung, es seien hier keine Widersprüche vorhanden und wo wir solche wahrzunehmen glaubten, würden wir einen verborgenen (!) Grund der Vereinigung entdecken, sobald wir nur recht genau (subtili animo) zusähen. Gerade aber die Wahrnehmung, dass Justinian so etwas der evidentest entgegenstehenden Wirklichkeit zum Trotz behaupten kann, bewiese schon allein seine entschiedene Unfähigkeit, ein grosses, innere Einheit darstellendes Werk zu liefern. Anstatt wie v. S. S. 288 u. 289 auf sehr erzwungene Weise den Justinian bei Ehren erhalten zu wollen *), zweifle ich keinen

*) „Zwar ist nicht wegzuleugnen Justinians bestimmte Versicherung, dass Widersprüche nicht vorkommen, allein was vermag diese Versicherung gegen die augenscheinliche Wirklichkeit, und gegen das unabweisliche Bedürfniss einer Aufhebung des Widerspruchs, wo er uns begegnet? Ja man könnte selbst bezweifeln, ob es mit jener Versicherung so gründlicher Ernst gewesen sei. In dem Plane freilich lag die Verhütung von Widersprüchen: aber eben so auch die Verhütung von Wiederholungen und von Auslassung wichtiger Stellen des älteren Rechtes (similia und praetermissa). Nun wird ausdrücklich erklärt, es möchten doch wohl Versehen dieser zwei letzten Arten vorgefallen sein, und diese werden sehr richtig entschuldigt mit der Schwäche der menschlichen Natur. Allein diese Entschuldigung, und also auch das Bekenntniss, worauf sie sich bezieht, passt völlig eben so auf die Widersprüche, und es scheint ganz zufällig, dass es dabei nicht auf gleiche Weise ausgedrückt ist."

Uebrigens steht diese Beschönigung geradezu in Widerspruch zu Justinians ausdrücklichen Worten, indem derselbe l. 2. §. 14. C. de vet. j. enucl. (l. 17.) erst zwar die Möglichkeit von Wiederholungen eingesteht, dann aber in §. 15. geflissentlich der Meinung vorbeugen will, dass wohl auch eben so gut Widersprüche vorkommen könnten. Der Leser urtheile selbst: §. 14. Si quid autem in tanta legum com-

Augenblick daran, dass ihm das Gewissen schlug und er in der Ueberzeugung, wie wenig die unverständige That den grossen Worten entspräche, gerathen fand, es für einen Mangel an Subtilität des Geistes zu erklären, wenn

positione, quae ab immenso librorum numero collecta est, simile forsitan raro inveniatur, nemo hoc vituperandum existimet, sed primum quidem imbellicitati humanae, quae naturaliter inest, hoc adscribat, quia omnium habere memoriam, et penitus in nullo peccare divinitatis magis, quam mortalitatis est (quod et a majoribus dictum est); deinde sciat, quod similitudo in quibusdam et his brevissimis assumta non inutilis est, et nec citra nostrum propositum hoc subsecutum. Aut enim ita lex necessaria erat, ut diversis titulis propter rerum cognationem applicari eam oportuerit, aut quum fuerat aliis diversis permixta, impossibile erat, eam per partes distrahi, ne totum confunderetur, et in his partibus, in quibus perfectissimae jussiones veterum expositae fuerant, quod particulatim in eas fuerat sparsum, hoc dividere ac separare penitus erat incivile, ne tam sensus, quam aures legentium ex hoc perturbarentur. Similique modo si quid principalibus constitutionibus cautum est, hoc in Digestorum volumine poni nullo concessimus modo, quasi constitutionum recitatione sufficiente, nisi et hoc raro ex iisdem causis, ex quibus similitudo assumta est. §. 15. *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit*, *nec invenietur*, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit, discordiae fines effugientem.

Wunderbar ist es, wie Justinian in l. 3. §. 15. eod. abermals vergessend was er in §. 15. cit. gesagt hat — der Wahrheit etwas näher rückt.

Contrariam autem aliis legibus legem ex his, quae in hoc volumine positae sunt, *non facile quis repererit*, si modo ad omnes contrarietatis fines animum intendere festinet, sed inest aliquid diversum, quod assumtum alterius generis forte hanc et illam legis positionem apparere faciet.

Endlich mag ich auch dem Leser nicht das neue oder erneuerte Vergnügen vorenthalten zu sehen, wie naiv sich Justinian über die Möglichkeit äussert, vielleicht manches gute ihm jedoch unter „Myriaden" von Rechtsschriften verborgen gebliebene Körnchen übersehen zu haben. l. 3. §. 16. eod. Sed et si quid forte praetermissum est eorum quae poni debebant (forte enim et aliquid tale contigit propter humanae imbecillitatem naturae) multo sane melius est nostris subditis, multis inutilibus liberari legibus, dum privantur forte paucis quibusdam, quae videbantur idonea, myriadibus prope infinitis defossa et deposita, et nemini forte mortalium animadversa.

Jemand glauben sollte, er stiesse auf Widersprüche. Nunmehr musste allerdings, wer jenem Tadel entgehen und nicht so geistlos scheinen wollte als Justinian es wirklich war, sich gut oder übel zu helfen suchen wie er eben konnte.

Jene in l. 2. §. 15. cit. enthaltene Anweisung findet v. S. „ausserordentlich wichtig," weil S. 114. dadurch auch ein etwas künstliches Verfahren (sollte man Unrecht haben, wenn man hierinne die Umschreibung eines etwas erkünstelten Verfahrens findet?) der Vereinigung völlig gerechtfertiget fände: nur freilich ein nicht völlig willkührliches „(ein blos einigermaassen willkührliches wäre also gerechtfertiget)' indem wir ganz von aussen" (zur Hälfte würde es demnach sich von aussen machen lassen) „Unterscheidungen hineintrügen, wozu weder in den sich widersprechenden Stellen selbst, noch in andern Theilen der Gesetzgebung irgend ein Anlass vorhanden sei."

Eine solche Vereinigung soll auf zwei verschiedenen Wegen, dem systematischen und dem historischen, möglich, letzterer jedoch nur dann einzuschlagen sein, wenn nicht schon ersterer zum Ziele führe.

§. 12.

Fortsetzung; über die systematische Vereinigung.

Um das also prädicirte Verfahren und den Begriff, unter welchem v. S. es zusammenfasst, würdigen zu können, vor allen folgende Bemerkungen: Wer darauf ausgeht, zwei den Worten nach nicht vereinbare Sätze systematisch zu vereinigen, nimmt ohne weiteres eine oder die andere von folgenden zwei Voraussetzungen an:

Er setzt voraus: entweder

a) sie bilden, obschon nicht in systematischer Form verbunden, integrirende Bestandtheile eines materiell gegebenen Systems, eines Complexes sich gegenseitig bedingender und zu einer abgeschlossenen Einheit vereinigender Wahrheiten. So suchen wir z. B. Sätze des Aristoteles zu vereinigen, weil wir voraussetzen, dass

die Gediegenheit seines Geistes jede Inconsequenz werde vermieden haben; es gelingt diese Vereinigung sobald wir einen dritten, von dem nämlichen Philosophen ausgesprochenen Satz zu entdecken vermögen, den jene sich widersprechenden wiederholen, dies jedoch, von den verschiedenen Contexten, in denen wir sie lesen bedingtermaassen, nicht mit gleicher Vollständigkeit, sondern dort nur die eine, hier nur die andere Parthie jenes dritten Satzes hervorhebend. Das Nämliche erreichen wir, wenn wir nachweisen können, dass der eine Satz nur die unvollständige Wiederholung des andern ist, und diese Unvollständigkeit nicht sich dadurch rechtfertiget, dass in einem gegebenen Zusammenhange keine grössere Vollständigkeit erfordert wurde.

Oder *b)* wir suchen Lehrsätze, z. B. des Plato und Aristoteles zu vereinigen, indem wir die Widersprüche, die wir anerkennen, weil wir uns nicht berufen fühlen, bei verschiedenen Geistern Identität der leitenden Vorstellungen anzunehmen, eine höher liegende Wahrheit entdecken, in welcher jene Widersprüche aufgehen. Hier stellen wir einen neuen, die beiden Systeme insoweit zu berichtigen bestimmten Satz auf.

Inwieweit reicht nun einer und der andern Methode Anwendbarkeit auf gegenseitig sich widersprechende juristische Sätze?

Zuerst wird man zu untersuchen haben, ob sie rein theoretischer Natur sind, d. h. sich daraus keine Folgen für die Praxis ergeben; alsdann ist die unter *b.* angegebene Vereinigungsart möglich. Ein Beispiel giebt hier die eben bemerkte, bald zwei bald drei Glieder aufstellende Eintheilung des Rechtes. Beide Eintheilungen sind richtig, sobald wir uns vergegenwärtigen, dass man für die einzelnen Lehren einer gewissen Disciplin den Grund ihrer Eintheilung entweder von den Objecten, auf welche wir sie beziehen, oder von den Quellen, aus denen wir sie erkennen, abzuleiten haben.

Gesetzt aber es sind die sich entgegenstehenden Sätze — und der Natur der Sache nach wird bei Rechtssätzen dies meistentheils der Fall sein — praktischer Art, als-

dann liegt der Widerspruch darinne, dass, gleiche factische Erscheinungen vorausgesetzt, an selbige nach dem einen Satze sich diese, nach dem andern jene Erscheinungen in der Sinnenwelt anreihen sollen. Man nehme das Beispiel von der Antinomie*) der Gesetzstellen, welche aussprechen, die donatio inofficiosa dürfe von dem verletzten Erben ihrem vollen Betrage nach aufgehoben werden, während andere die Wiederaufhebung nur bis zu dem Betrage verstatten, bis zu welchem dieselbe nöthig ist, wenn der Pflichttheil dem Verletzten ungeschmälert verbleiben soll. Hier fällt die Vereinigung nach der unter *b.* angegebenen Methode unmöglich, eben so unmöglich, als wenn ich ein und dasselbe Blatt Papier roth und zugleich schwarz färben wollte. Denn keine Wahrheit giebt es, nach der ich unter gleichen Umständen dem Kläger ebensowohl 100 als nur 25 Thlr. zusprechen könnte. Wohl aber ist die erste Art der Vereinigung möglich. Man nehme z. B. l. 8. pr. C. de inoffic. donat. (3. 29.) Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, quum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum judicium anticipare contendunt, et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat, quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur. Hier soll die donatio inofficiosa nur insoweit können angefochten werden, als es die Sicherstellung der quarta erfordert. Damit vergleiche man aber l. 4. C. de contr. emt. vendit. (4. 38.) Quum res tibi donatas ab herede donatricis tibi distractas esse proponas, intelligere debueras, duplicari tibi titulum possessionis non potuisse, sed ex donatione et traditione dominum factum te frustra emisse, quum rei propriae emtio non possit consistere. At tunc demum tibi profuit, si ex donatione te non fuisse dominum demonstretur. Sane quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis, ad hoc et a filio facta venditio rerum maternarum afferre, perfecta etiam donatione, poterit defensio-

*) Ob sie nicht vielleicht blos ein jus controversum der Neueren sei, diese Frage ändert nichts an der Tauglichkeit des Beispiels.

nem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit haec avocare. A. hatte von der Mävia deren sämmtliche Güter geschenkt und übergeben erhalten und dann dieselben von deren Sohn und Erben erkauft zu haben behauptet. Diocletian rescribirt: der zweite Erwerb sei als rei propriae emtio ein non ens, jedoch könnte das an sich auf einen blossen Schein hinauslaufende, kein neues Recht gewährende Kaufgeschäft guten Nutzen leisten, damit der Erbe nicht, sein eignes factum anfechtend, die omnia bona (also den Worten nach das Ganze) exemplo inofficiosi testamenti avociren dürfe. Demohngeachtet wird sich der Widerspruch heben lassen, wenn man darzuthun vermag, dass der rescribirende Kaiser die Erwähnung, es könnten die omnia bona nur bis zu dem Betrage der legitima avocirt werden, hier um deswillen unterlassen habe, weil es ihm in dem vorliegenden Zusammenhange nur darauf angekommen sei, nachzuweisen, wie der frühere Kauf nicht unbedingt wirkungslos durch die spätere Schenkung geworden sei. Diese Art Widersprüche zu lösen setzt Einheit des Systems voraus, erwägt, um diese Einheit aufrecht zu erhalten, wo in dem Systeme ein gewisser Satz mit erschöpfender Deutlichkeit ausgesprochen sei und läuft, indem sie die Ueberzeugung gewinnt, dass in andern Stellen das Nämliche gemeint, wörtlich jedoch etwas anderes um deswillen ausgesprochen sei, weil es in letzteren nicht auf Gleichheit des Ausspruches ankam, darauf hinaus den Widerspruch in Schein auflösen.

Vergleiche ich nun hiermit, was v. S. über systematische Vereinigung sagt*) und halte ich zugleich fest, dass ihm das systematische Vereinigen etwas anderes ist, als die

*) S. 274. Die systematische Vereinigung kann geschehen dadurch, dass jede der widersprechenden Stellen besondere Bedingungen der Anwendung, also ein eigenthümliches Gebiet der Herrschaft erhält: entweder indem wir das Gebiet einer Regel, je nach verschiedenen Bedingungen, in zwei gleiche Hälften zerlegen, oder indem wir die eine Stelle als Regel behandeln, wozu sich die andere blos als Ausnahme verhalten soll. Sie kann aber auch dadurch geschehen, dass beide Stellen als ein Ganzes gedacht werden, so dass die eine

Beseitigung blos scheinbarer Widersprüche, so drängt seine Theorie sich mir in folgende Sätze zusammen:

1) Es giebt in den Justinianeischen Rechtsbüchern wirkliche, nicht blos scheinbare Widersprüche.

2) Justinian will und befiehlt, es sollen keine Widersprüche gelten und dieselben subtili animo beseitiget werden. Darum

3) ist ein etwas erkünsteltes — m. s. die den allegirten Worten vorhergehenden — Verfahren wohl zulässig, und irgend ein in den Quellen liegendes Moment (denn nur nicht ganz von aussen her soll die Hülfe herbeigezogen werden) lässt sich als Mittel der Vereinigung gebrauchen.

Nun frage ich aber, ist dasjenige Recht, was wir mit solcher Methode gewinnen, Römisches, ist es Justinianeisches Recht? Offenbar nicht; denn wie die ganze, so liefert auch die halbe Willkühr ein ganz willkührlich gewonnenes Product; und welches Juristen Willkühr soll dessen Berufsgenossen das Prävenire, nicht mit Lösen, sondern mit Durchhauen des Knotens spielen, und letztere behindern mit gleicher Willkühr ein anderes Resultat aufzustellen?

Hiernächst ist es der Mühe werth, bei dem Beispiele zu verweilen, an dem v. S. das von ihm empfohlene Verfahren deutlich macht.

Stelle durch die andere ergänzt, also die scheinbare Allgemeinheit der einen durch die andere näher bestimmt und eingeschränkt wird. Folgende Anwendungen werden dieses Verfahren anschaulich machen. Mehrere Stellen erklären die Usucapion für möglich, wenn ein Titel zwar nicht vorhanden, aber doch von dem Besitzer als vorhanden angenommen sei; andere Stellen erklären in diesem Falle die Usucapion für unmöglich. Die Vermittlung liegt darin, dass die Usucapion möglich ist, wenn ein wahrscheinlicher Grund jenes Irrthums nachgewiesen werden kann, ausserdem nicht.

S. 276. Bei diesem Verfahren liegt also die richtige Ansicht zum Grunde, dass eine Regel die Beschränkung vermittelst näherer Bestimmungen oder Ausnahmen, durch die blosse unbestimmte Allgemeinheit ihres Ausdrucks nicht ausschliesst, sondern nur durch die ausdrückliche Verneinung einer solchen Beschränkung. In den hier angeführten vermittelnden Stellen haben die alten Juristen selbst ein solches Verfahren angedeutet.

Wenn der Jurist A. sagt: des Besitzers blos putativer Erwerbstitel kann ihn in den Stand setzen zu verjähren, und der andere Jurist B. sagt: unmöglich ist es in Folge blos putativen Titels zu erwerben, und ich stelle nun den dritten Satz auf: jene Möglichkeit tritt ein, sobald ein wahrscheinlicher Grund kann nachgewiesen werden, der den Besitzer veranlasste, einen Titel vorhanden zu glauben, so ist nimmermehr der Widerspruch aufgehoben, sondern nur gesagt, unter welchen Voraussetzungen der eine für unmöglich hält, was dem andern als möglich erscheint. Uebrigens konnte der Jurist A. von einem putativen Titel ohnehin nur unter Voraussetzung von Umständen sprechen, welche es liessen glaublich werden, der Titel sei vorhanden; denn das Unglaubliche oder auch nur Unwahrscheinliche m e i n t Niemand und darum leugnet auch der, der die Usucapion in Folge blos putativen Titels für unmöglich hält, die Möglichkeit der Usucapion in allen den und gerade nur in allen den Fällen, wo der Glaube, es sei der Titel vorhanden, recht wohl möglich war.

Sodann lässt sich, was in den hierher gehörigen, gleich näher anzugebenden Fragmenten einander widersprechen soll, auf eine ganz andere und zwar eine solche Weise lösen, die einen pragmatischen Zusammenhang in den anscheinenden Widerspruch bringt.

Pro emto, pro donato u. s. w. waren Titel des Erwerbes und also auch die Bedingungen der Usucapion. Die in den Fällen, wo Jemand sich auf einen solchen Titel berief, den Process instruirende Formel musste den Titel angeben, auf den sich der Kläger bezog, und dieser den Process verlieren, wenn der angegebene Titel sich als ein blos putativer, d. h. in der That und Wirklichkeit gar nicht vorhandener auswies. Dies brachte die rigoristische Beobachtung der Formel mit sich; denn was ich blos g l a u b e gekauft oder geschenkt erhalten zu haben, das habe ich n i c h t gekauft, n i c h t geschenkt erhalten. Ohne Titel war kein Erwerb möglich; denn jedes erworbene Eigenthum ist es nur durch seine vollständige

äussere Geltung, die hauptsächlich in dem Processe über das Eigenthum stattfindet und ein solcher Rechtsstreit war unmöglich ohne eine den Titel des behaupteten Erwerbs scharf und richtig bezeichnende Formel. Demnach hätte man nie an den Früchten und Nutzungen der rei alienae bona fide possessae Eigenthum erwerben können, wenn nicht noch ein anderer Titel als pro donato, legato u. s. w. wäre erfunden gewesen. Denn die Sache konnte ich geschenkt oder legirt bekommen haben, nicht aber liess sich das Nämliche von den Früchten derselben sagen. Eben so passte keiner von jenen speciellen Titeln, wenn ich eine Sache erworben hatte, die vor dem Erwerbe in meiner Hand überhaupt niemals Gegenstand eines Eigenthums gewesen war. Für die angegebenen Beziehungen gebrauchte man den Titel pro suo. M. s. l. 2. tit. all. (41. 10.) *). Dieser Titel bezeichnete ferner das Verhältniss, wo mir eine Sache z. B. ein Sclave, in Gemäsheit der Stipulation: Stichum dare mihi spondes, war übergeben worden, und also irgend ein specieller Titel, wie pro emto u. s. w. nicht brauchbar war. M. s. z. B. in l. 3. eod. die Worte: Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi. Das Fragment verschweigt zwar, welchen Namen man hier dem Titel gegeben habe. Allein, unter die Rubrik pro suo gestellt, kann das Fragment einen andern als diesen Titel eben so wenig meinen, als man irgend einen andern passenden zu entdecken vermag. Nachdem aber einmal ein Titel pro suo aufgekommen war, so liess sich behaupten, dass wer sich auf die possessio pro suo berufe, auch dann Recht behalten müsse, wenn der specielle Titel z. B. pro donato nur ein putativer sein sollte. Denn man erblickte den vermeintlichen Erwerber in einem Verhältnisse zur Sache, wel-

*) Est species possessionis, quae vocatur pro suo; hoc enim modo possidemus omnia, quae mari, terra, coelo capimus, aut quae alluvione fluminum nostra fiunt; item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emtae ancillae, pro nostro possidemus; similiter fructus rei emtae, aut donatae, aut quae in hereditate inventa est.

ches factisch aussprach: **diese Sache ist mein***), obschon nirgends eine Thatsache wahrnehmbar war, die wirklich einen Kauf, eine Schenkung u. s. w. darstellte. Diese Ansicht war zu Neratius Zeiten zu ausgemacht entschiedenem Rechte geworden. l. 5. pr. und §. 1. eod. Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa interim propter ea, *quae nostra esse existimantes possideremus constituta est*, ut aliquis litium finis esset. §. 1. Sed id, quod quis, quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiam si falsa fuerit ejus existimatio. Quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut eum, cujus in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. Jetzt hatte die Usucapion eine ganz andere als die frühere Bedeutung gewonnen. Nun war sie ein viel allgemeiner durchgreifendes Mittel geworden, Streitigkeiten über Eigenthum durch Ablauf einer gewissen Zeit vorzubeugen, während früher, wo die Verität des Titels erfordert wurde, sie nur wirklich erlangtes Bonitarisches in Quiritarisches Eigenthum verwandeln konnte. Höchst bedeutend und nur nach diesen Voraussetzungen einen Sinn gewährend, mit dem sich praktische Vorstellungen verbinden lassen, ist l. 1. pr. eod. Pro suo possessio talis est, cum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo; utputa ex causa emtionis et pro emtore et pro suo possideo, item re donata vel legata, vel pro donato, vel pro legato, et pro suo possideo. Habe ich eine Sache **gekauft** — so erkläre ich

*) Genau stimmt dies zu der römischen Behandlung des Formelwesens. Nicht durfte in die Formel hineingetragen werden, was nicht grammatisch darinne lag, aber auch nichts wurde von ihr ausgeschlossen, was grammatisch darinne lag, und wo ein erweitertes Rechtsbedürfniss es erheischte, da finden wir, dass nach und nach, obschon anfänglich nicht ohne Widerspruch, auch alles in die Formel gelegt wurde, was grammatisch konnte darinne gefunden werden. Evidentest beweist dies in Hinsicht auf den Titel pro suo ein weiter unten allegirtes Fragment.

die Stelle — so halte ich mir und ist mir Bonitarisches Eigenthum erworben, glaube aber auch zugleich durch den Ablauf der Zeit Quiritarisches zu erwerben, denn das ist dominium im strengen Sinne des Wortes. In jener Beziehung besitze ich pro emto in dieser pro meo, und somit ist das pro suo possidere ganz unabhängig von der Verität des Titels pro emto vorhanden, sobald Jemand in conditione usucapiendi zu sein vermeint, welche Meinung, da das pro suo possidere dominium Quiritarium durch Usucapion geben soll, dasselbe und also mehr noch als Bonitarisches nach Ablauf der gesetzlichen Frist auch wirklich geben muss. Jetzt verband man in der Formel das z. B. pro donato und pro suo. War der wirkliche Titel pro donato erwiesen, so war der Process gewonnen. Im entgegengesetzten Falle war er ebenfalls gewonnen, sobald das pro suo sich hatte erweisen lassen, bei dessen Beweis die Frage, wie es um Kauf oder Schenkung der usucapirten Sache stehe*), keinesweges alle Wichtigkeit verlor. Denn hätte den Umständen nach ich nicht wenigstens m e i n e n können gekauft oder geschenkt erhalten zu haben, so hätte ich auch nicht pro meo usucapiren können. Demnach schloss der Titel pro suo keinesweges die Erörterung aus, wie es um den Kauf oder die Schenkung in Betreff ihrer vermeintlichen Existenz stünde.

Ich wende mich jetzt zu den Stellen, welche v. S. citirt. Keiner weiteren Erläuterung bedürfen nunmehro l. 3. tit. all. Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi. Si scissem, mihi nihil deberi, usu eum non capiam; quodsi nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam. Et ita Neratius scripsit, idque verum puto und l. 4. §. 2. eod. Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet.

Die von ihm ebenfalls citirte l. 5. §. 1. eod. ist schon oben hervorgehoben worden.

*) Ausgenommen natürlich die in l. 2. cit. bemerkten Fälle, wo vor dem pro suo possidere die Sache überhaupt in Niemandes Eigenthum gewesen war.

L. 11. pro emtore. (41. 4.) Quod vulgo traditum est, eum, qui existimet se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emtor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur. In dem hier angegebenen Falle half zwar nicht der Titel pro emtore, sondern, nach den obigen Auseinandersetzungen, der Titel pro suo. Dem ist aber auch die Stelle nicht direct entgegen. Denn Africanus will hauptsächlich nur lehren, dass auch der titulus putativus die Usucapion möglich mache und in Folge desselben usucapion erfolge. Nicht darauf kommt es ihm an zu demonstriren, wie dies zugehe und dass es geschehe, weil solchenfalls der Titel pro emtore sich in den Titel pro suo umwandeln lasse. Uebrigens ist es auch sehr wohl denkbar, dass, nach heutiger Art zu sprechen, des nobile judicis officium, wenigstens nach dieses oder jenes Juristen Meinung, das materielle Recht zu schützen hatte, indem es, nöthigenfalls, die Formel pro emto in jenem Sinne ergänzte. Ferner §. 11. I. de usucap. (2. 6.). Error autem falsae causae usucapionem non parit; veluti si quis, quum non emerit, emisse se existimans possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat. Hier bemerke ich: Wenn Jemand falsam causam anführt, indem er pro emto oder pro donato will usucapirt haben, was er nicht gekauft oder geschenkt erhalten hat, so tritt ihm die Formel behindernd entgegen, denn er ist weder Käufer noch hat er beschenkt werden sollen. Behauptet er aber pro suo usucapirt zu haben, so kann er gar nicht, sobald er nur überhaupt bona fide erwarb, falsam causam allegiren, denn die pro suo possessio beruht ja eben nur auf der von dem speciellen Titel unabhängigen bona fides.

Schliesslich l. 27. de usucap. (41. 3.). Celsus libro tricesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nihilque referre, emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emtum vel donatum sibi

existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

Vor allen Dingen bemerke man, dass das Fragment von Ulpian herrührt, der in l. 1. pr. pro suo, die Meinung: man sei in conditione usucapiendi, der wirklich vorhandenen conditio usucapiendi entschieden, ganz entschieden, gleich stellt.

Was lehrt Ulpian in l. 27. cit.? Dies: die blosse Meinung, man habe die litis aestimationem erlegt, reiche nicht aus zur Usucapion. Das ist sehr wahr und richtig und widerspricht nicht meiner Ansicht des Titels pro suo. Wer in den Fall kommt litis aestimationem zu erlegen, hat den Process verloren, d. h. es ist, wenn er überhaupt einen Titel allegirt hatte, sei es nun pro donato oder pro suo, ausgesprochen worden, nicht sei er in der Lage einen solchen Titel mit Erfolg zu allegiren. Diese rechtskräftige Entscheidung liess sich nicht durch den einseitigen Irrthum des Verurtheilten aufheben. Die vorhergehenden Worte von Celsus an bis nullum legatum beweisen was ich gesagt habe, dass erst nach und nach und namentlich nicht ohne dagegen von Celsus erhobenen Widerspruch, der Titel pro suo diejenige Bedeutung erhielt, die ihm in l. 5. pr. Neratius als eine völlig ausgemachte beilegt. Dass jene Worte des Celsus in den Pandecten stehen, rührt daher, dass die Worte des Ulpian nur in Verbindung mit ihnen einen bestimmten Sinn geben. Nun könnte man aber einwenden, mit dem idem et placere mache Ulpian neben dem, was er speciell von der litis aestimatio sagt, auch noch zu seinem Ausspruche alles, was Celsus gesagt habe. Allein dagegen bemerke ich, dass erstlich jedenfalls diese Zustimmung aufgehoben ist durch l. 1. pr. pro suo, wo Ulpian sich in dem oben bemerkten Sinne erklärt, und zweitens dass er nicht sagt: *eadem* et in litis aestimatione *placent*, sondern *idem* et in litis aestimatione *placet*. Also adoptirt er von den Bemerkungen des Celsus glaublicherweise nur eine

und zweifelsohne die zunächst vorhergehende. Worinne besteht diese? Celsus erklärte (so berichtet Ulpian), es irrten diejenigen, welche behaupteten zu einer usucapio pro suo reiche die blosse bona fides aus und nichts komme darauf an, ob gekauft oder nicht gekauft, geschenkt oder nicht geschenkt worden sei, wenn nur die Meinung Platz ergriffen habe, es verhalte sich so; dies erklärte Celsus für einen Irrthum, weil (quia u. s. w.) pro donato, pro legato und pro dote nicht könne usucapirt werden, ohne dass donatio, legatum, dos in Wirklichkeit beruhten. Nun setzt Ulpian ein: das nämliche (also dass, wie dies nach dem Obigen unbestritten ist, donatum, legatum und dos nur unter vorausgesetzter Verität einen Usucapionstitel bilden) gilt auch von der litis aestimatio; also adoptirt Ulpian eine Behauptung, die mit dem Titel und den Wirkungen des pro suo nichts zu thun hat.

Aus der eben entwickelten, in dem engsten Zusammenhange mit dem Formelwesen stehenden Bedeutung der possessio pro suo ergiebt sich auch das Verständniss der räthselhaften Stelle in l. 1. §. 1. eod. Sed et si res mihi ex causa justa, puta emtionis, tradita sit, et usucapiam, incipio quidem et ante usucapionem pro meo possidere; sed an desinam ex causa emtionis post usucapionem, dubitatur. Et Mauricianus dicitur existimasse, non desinere.

Indem ich ex causa emtionis, d. h. in Folge eines wirklich stattgefundenen Kaufes, anfing zu usucapiren, musste ich auch pro suo, d. h. unter hinzutretender bona fides besitzen, als welche, schon möglich bei einem blos putativen Titel, um so leichter sich mit dem wirklichen Titel verbindet. Habe ich nun nach Ablauf der gesetzlichen Zeit usucapirt und bin ich nun Quiritarischer Eigenthümer geworden, ist alsdann, so fragt Ulpian, die causa emtionis vernichtet? In dem S i n n e, dass nunmehro die causa emtionis als nicht eingetreten und also auch in ihren Folgen vernichtet anzusehen sei, als womit ja die Usucapion wäre vernichtet gewesen, wird dies ohnehin Niemanden unter denjenigen eingefallen sein, die Mauricianus soll belehrt haben, sie sei nicht aufgehoben. In welchem

andern Sinne kann also wohl Mauricianus gesagt haben, die causa emtionis dauere noch fort? Ohnstreitig in dem, dass gegen den nämlichen Kläger, gegen den mich vor der Usucapion das blosse bonitarische auf den titulo emti beruhende Eigenthum geschützt haben würde, ich auch nach der Usucapion nicht das Quiritarische Eigenthum sondern nur jene Bedingung des bonitarischen zu erweisen brauchte. Merkwürdig ist es, dass in der 6ten Ausgabe des Werkes über den Besitz ich aus dem ganzen Titel pro suo nur (S. 549) die Worte der l. 4. pr. eod. tum enim clam possidere videris in einem ausser aller Verbindung mit der Bedeutung des pro suo stehendem Zusammenhange citirt finde. Man sollte meinen, wer quellengemässe Belehrung über die Lehre von der possessio geben wolle, dürfe keinen Titel übergehen, der ausschliesslich von einer gewissen Besitzart spricht. Denn die Richtigkeit der Lehre angenommen, ist dieselbe jedenfalls nicht vollständig dargelegt, ohne den negativen Beweis, dass auch der übergangene Theil eines einschlagenden Titels nichts Neues wahrnehmen lasse. Dies erwähne ich nur, weil es mir Gelegenheit giebt, eine sich vielfach zeigende Schwäche unserer juristischen Literatur zu gedenken. Man ist froh irgend eine Lehre vermittelst einer Masse von Gesetzstellen systematisirt zu haben, kümmert sich aber nicht um eine Methode, nach der erstlich der Verfasser sich selbst und dann auch der Leser den Verfasser zu controliren vermöchte, ob denn nun auch wirklich keine die unternommene Systematisirung bestätigende, vielleicht aber auch dieselbe widerlegende, oder doch sie bedeutend zu modificiren geeignete Stelle übersehen sei. Das aber wäre unerlässlich, wenn durch die Literatur die Quellen als Gesetzbuch sollen brauchbar gemacht werden. Findet man, dies unerlässliche Verfahren sei durch die Organisation der Justinianeischen Rechtsbücher zu einem unausführbaren geworden, so muss man consequenterweise eingestehen, dass eben diese Rechtsbücher zu einem Gesetzbuche, und also zu dem, wozu sie bestimmt sind, schlechterdings aber nicht taugen, auch durch keine Art und Weise sie zu behan-

deln können gemacht werden. Wenn ein anderer sehr berühmter Jurist eine Abhandlung über die Bedeutung von ususfructus und usus geschrieben und dabei l. 14. §. 1. 2. u. 3. de usu et habitatione (7. 8.) *) völlig bei Seite hat liegen lassen, so ist das entweder ein bedeutendes Versehen, oder das stillschweigende Eingeständniss, in den allerdings vorhandenen Schwierigkeiten eines genauen grammatischen Verständnisses — m. vergl. meine exegetisch praktische Abhandlungen, Leipzig 1824. S. 43 bis 47 — sei der Grund des beobachteten Stillschweigens zu suchen. Anderweit frage ich aber, wie steht es um den Werth des Corpus juris für praktische Zwecke, wenn vor solchen Versehen die grössten Rechtslehrer nicht geschützt oder solcher Art Eingeständnisse ihnen eine Nothpflicht sind?

Die Nutzanwendung, welche ich von diesen Erörterungen auf v. S.'s systematische Vereinigung von Widersprüchen mache, ist die: wenn wir ein System als vorhanden in den Justinianeischen Rechtsbüchern postuliren, weil Justinian behauptet, es gäbe darinne keine Widersprüche, und nun demohngeachtet vorhandene Widersprüche beseitigen wollen, so gelingt das mit approximativer Sicherheit nicht dadurch, dass wir einen und den andern gegebenen Satz und noch einen dritten nehmen, der diesen oder jenen so beschränkt, dass beide neben einander stehen können, sondern indem wir also raison-

*) §. 1. Ususfructus, an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest, usui fructus deest; et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. Denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius libro quinto ad Sabinum scribit; et si forte usufructu legato fructus adimatur, totum videri ademtum scribit. Sed si fructus sine usu, videri constitutum, qui et ab initio constitui potest. Sed si fructu legato usus adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademtionem; quae sententia benignior est. §. 2. Usu legato si eidem fructus legetur, Pomponius ait confundi eum cum usu. Idem ait, et si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum.

§. 3. Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas; veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit, vel alio modo constituerit.

niren: Justinian wollte der Praxis seiner Tage gesetzliche Autorität geben. Da er nun aber, was zu diesem Ende vor allen Dingen hätte geschehen müssen, uns diese Praxis nicht selbst in wohl übersehbaren Massen vorzuzeichnen verstanden hat, so müssen wir uns diese Praxis aus dem vorhandenen Material und unter Berücksichtigung jedes möglichen historischen und antiquarischen Hülfsmittels zu reconstruiren versuchen. Alsdann ist freilich aber unser Gesetzbuch das erst noch zu erwartende Resultat antiquarischer Forschungen; denn abgeschlossen sind sie noch nicht, und schwerlich sind dieselben vor andern dergleichen Forschungen privilegirt, jemals abgeschlossen zu werden.

§. 13.

Die historische Vereinigung.

Die Betrachtung, dass der Ausspruch eines Kaisers den des andern, oder das Fragment aus dem Werke des einen Juristen dem Fragmente aus der Schrift eines andern widerspricht, wir jedoch ersteren Falles allemal und oft auch in dem letzteren bestimmen können, welche Stelle neueren und welche älteren Ursprunges sei, hat zu der sehr bequem durchgreifenden, jedoch auch von v. S. verworfenen (m. s. S. 277) Ansicht geführt, hier gelte das lex posterior derogat priori und die Stelle älteren Ursprunges sei für nicht vorhanden anzusehen. Offenbar läuft dies Verfahren der Intention Justinians entgegen, welcher, namentlich in Beziehung auf die Pandecten, eine jede darinne enthaltene Stelle als von ihm ausgegangen und also durch neueste gleichzeitige Promulgation, gleichmässig zum Gesetz geworden (omnia merito nostra facimus) will betrachtet wissen. Jedoch verwirft v. S. dies Verfahren nicht, sondern er macht nur dessen Anwendbarkeit von der Voraussetzung abhängig, dass für die Aufnahme der älteren Stelle ein historischer Zweck könne wahrscheinlich gemacht werden.

Zunächst scheint es mir eine höchst ungenaue Bezeichnung, zwei sich widersprechende Sätze als ver-

einigt zu prädiciren, wenn man, unumwunden anerkennend, dass sie sich widersprechen, zu Beseitigung der dadurch für die Praxis entstehende Unentschiedenheit den einen aus der Zahl der praktischen Rechtssätze ausstreicht. Denn auf solche Weise wird der Widerspruch nicht gelöst sondern erklärt *). Sodann kommt es auch hier, sobald Justinianeisches Recht soll angewendet werden, in jedem concreten Falle dieser Art darauf an, sicher zu sein, das so gedachte historische Vereinigen sei im Sinne Justinians erfolgt und diese Sicherheit wird nicht durch Wahrscheinlichkeiten erreicht, die hier um so weniger von Einfluss sein können, als — v. S.'s eigene Worte S. 280 — Justinian selbst ausdrücklich nur auf die systematische Vereinigung in l. 2. §. 15. C. de vet. jur. enucl. (1. 17.) und in Nov. 158 **) hinweist. Sollte jedoch die historische Vereinigung demohngeachtet zu einer gesetzlich approbirten gestempelt werden, dann freilich musste v. S. begreiflicherweise hinzusetzen: „nur auf die systematische Vereinigung weise Justinian hin, offenbar indem er sie als die regelmässige und natürliche, als diejenige ansehe, welche vor Allem solle versucht werden." (M. lese l. 2. §. 15. cit.). Wem wird in dieser Stelle etwas anderes offenbar, als dass bei Abfassung derselben Justinian auch nicht entfernt an etwas gedacht hat, das man mit v. S. historische Vereinigung nennen könnte? ***).

*) Will z. B. ein Philolog zu Critik des Homer Anleitung geben, und schärft er zu dem Ende ein, man müsse zunächst die Ansicht festhalten, dass die Iliade von einem einzigen Verfasser herrühre, so wird, wenn er zugleich die entgegengesetzte Meinung berichtet, Niemand diese und jene für dadurch vereiniget ansehen.

**) Das ist wahr von der Stelle des Codex nicht von der citirten Novelle, wo Justinian zwei Gesetze in Hinsicht auf einen concreten Fall vereinigt, nicht aber vorschreibt, zu Vereinigung sich widersprechender Gesetze sei dieses oder jenes Verfahren zu beobachten.

***) Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur: si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

v. S. stellt zweierlei Voraussetzungen auf, unter denen eine Stelle einzig und allein als historisches Material einen Platz in den Justinianeischen Rechtsbüchern könne gefunden haben.

1) Die zur Zeit der Compilationen schon bestehenden Rechtsverhältnisse hätten noch nach älteren Gesetzen müssen entschieden werden und so könne ein aufgehobener Satz den Compilationen eingereiht sein, um nur noch auf kurze Zeit die bald verlöschende Anwendung zu finden.

Hierbei aber ist zu bemerken, dass in der gesammten Masse jener weitschweifigen Redensarten, die Justinian über Zweck und Art seiner Rechtsbücher ausschüttet, überall nur die Intention sich ausspricht, festzustellen, nach welcher Norm künftighin solle entschieden werden. Wenn derselbe in Nov. 89 cp. 7. — dies die einzige Stelle, auf welche hierbei sich berufen zu können v. S. geglaubt hat — einen älteren Rechtsfall unter die ältere Norm subsumirt, so scheint dies kein Beweis dafür, dass Justinian die Promulgation der Obsoletheit anheimfallender Sätze für nöthig erachtet habe.

2) Findet v. S. die historische Vereinigung zulässig unter der Voraussetzung, dass die ältere Stelle aufgenommen wurde, um ein zur Erläuterung der neuesten Stelle nöthiges Stück der Rechtsgeschichte mitzutheilen.

Hier nun unterscheide ich in v. S.'s Expositionen zweierlei: Erstlich die Gründe, welche ihn bewogen haben, anzunehmen, es habe Justinian solcher Art Rechtsstoff mitzutheilen, wirklich die Absicht gehabt; zweitens die Criterien, nach welchen wir bestimmen sollen, ob diese oder jene Stelle nur rechtshistorischen Stoff enthalte.

§. 14.

Aus welchen Gründen und inwiefern ist es glaublich, dass Justinian zu Verständniss des neueren Rechtes nöthige Rechtsalterthümer mitzutheilen beabsichtiget habe?

Dies zu glauben findet v. S. sich berufen:

Erstlich: durch die Zusammensetzung der Rechtsbücher (S. 278) aus einem seit Jahrhunderten allmählig entstandenen historischen Materiale, welche Zusammensetzung die Sichtbarkeit der Entwickelung der Rechtssätze nöthig gemacht habe, während bei einem neugeschriebenen Werke dieselbe wohl hätte können verwischt werden.

Ohne Weiteres würde ich diesen Satz unterschreiben, wenn er also schlösse: „wobei die Entwickelung der Rechtssätze, die in einem neu geschriebenen Werke wären entbehrlich gewesen, durchaus hätte sichtbar werden sollen.“ Nicht aber vermag ich mir dasjenige Verdienst Justinians zu veranschaulichen, durch das er es werth geworden wäre, zu glauben, er habe gethan was er, wollte er mit Einsicht verfahren, hätte thun sollen. Besseren Juristen als Justinian und seine Compilatoren waren, ist es selbst in solchen Schriften, wo sie das Recht lehren wollten, nicht eingefallen antiquarisch zu erläutern, was ohne solche Erläuterung unverständlich ist, und ohne dieselbe gewiss schon in der Verfasser Tagen unverständlich war *). Dem Justinian aber soll es eingefallen sein, um deswillen, weil der Einfall ein eben so guter als nahe liegender gewesen wäre. Hätte Justinian diese Absicht gehabt, so bewiese die That, dass

*) Man nehme z. B. des Gajus Lib. IV. §. 30. Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus. Wer begreift wie das litigare per formulas durch Abschaffung der legis actionen herbeigeführt wurde? Kein Wort sagt Gajus über diesen allerwichtigsten Punkt der innern Rechtsgeschichte.

er sie durchzuführen auch nicht entfernt im Stande gewesen sei. Denn wo und wie hätten wir so manche zum Verständniss der Quellen ganz unentbehrliche und zum Theil uns gewordene antiquarische Belehrungen in den Quellen gefunden, wären sie uns nicht durch den zufällig wieder an das Licht gezogenen Gajus geworden? Also hat entweder Justinian jene Absicht gar nicht gehabt, oder in allen Beziehungen sich so ungeschickt bei Ausführung derselben benommen, dass es keinen sichern Gewinn verspricht, jene Absicht desselben anerkannt zu haben. Was sollen wir, so frage ich weiter, um Justinians Verkehrtheit in Behandlung der Rechtsalterthümer in besseres Licht zu stellen, mit unzähligen Stellen anfangen, die kein neueres Recht erläutern und auch gewiss kein geltendes enthalten, wo also die systematische Vereinigung unmöglich und eben so wenig eine Quelle zu Erkenntniss des neueren Rechtes gegeben ist? Niemand z. B. zweifelt, dass nach Justinianeischem Rechte die wirklich derelinquirte Sache ohne weiteres vollständigst Eigenthum des dieselbe Occupirenden wird. Nach altrömischem Rechte kam solchenfalls zu dem auf diese Weise erlangten in bonis habere nach erfolgter Usucapion das dominium Quiritarium. Obschon nun Justinian das jus Quiritium, das ohnehin nicht mehr existirte, auch gar nicht aufzuheben vermocht hat, immaassen die bekannte l. un. C. (7. 27.) de nudo j Q. tollendo uns belehrt: juris Quiritium nomen nihil ab aenigmate differre, *nec unquam videri, nec in rebus apparere, vacuum esse et superfluum verbum*, und sei nur tauglich der lehrbegierigen Jugend das Leben mit inutilibus antiquae legis dispositionibus zu erschweren, hat er dennoch in l. 4. pro derelicto (41. 7.) uns ein durchaus nichts erläuterndes Fragment aufbewahrt *). Eine ganze Menge von Stellen

*) Id, quod pro derelicto habitum est, (d. h. nach l. 3. eod. was der Eigenthümer derelinquirt hat) et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum sit. Anstatt etwas zu erläutern, taugt die Stelle nur den schlichten Menschenverstand des Praktikers zu verwirren, der nicht begreift, wie das vollständig Erworbene noch mehr könne erworben werden.

in den von der Usucapion handelnden Titeln sind ejusdem farinae. Wir ersehen daraus, dass Justinian uns eine Anzahl antiquarischen Stoffes mitgetheilt hat, ohne sich die mindeste Rechenschaft über den damit verbundenen Zweck zu geben. Die Praxis lässt dieses Material ohne weiteres liegen, und legt damit das Bekenntniss ab, Gesetz sei für sie, was sie nicht für antiquirt hält.

Zweitens bezieht sich v. S. auf die sorgfältige Beibehaltung der historischen Bezeichnung jeder Stelle, wobei kein anderer Zweck könne gedacht werden, als der, durch dasjenige, was früher gegolten hatte, die Erklärung des wirklich Geltenden möglich zu machen.

Ich kann mir einen andern, ja mehr als einen andern denken. Die Praxis sollte durch Aussprüche der Juristen dargelegt werden; dass dies geschehen sei, liess sich nicht kürzer und besser beurkunden, als indem man nachwies, dies oder jenes habe wirklich ein Jurist da oder dort gesagt. Wie nun aber — die desorganisirte Organisation des Corp. jur. macht mir dies überaus glaublich — wenn es mit den Inscriptionen also zugegangen wäre? Nicht einer sondern mehrere Männer schrieben aus den älteren Juristen und Codicibus ab, was in die Pandecten oder in den Codex kommen sollte. Damit aber nicht der eine nochmals abschriebe, was schon der andere abgeschrieben hatte, und damit man bei der Revision vor der Veröffentlichung übersehen könnte, was und wie viel abgeschrieben sei, versah man nicht unzweckmässiger Weise das Abgeschriebene mit den Inscriptionen. Ferner: indem man durch die beigesetzten Inscriptionen die Fragmente als Fragmente bezeichnete, konnte man das weite Gewissen leichter über die auffallende Zusammenhangslosigkeit beschwichtigen. Mochte nicht selbst Justinian Aergerniss zu geben befürchten, wenn er auf die Worte: is potest repudiare, qui et accipere potest, unmittelbar die folgen liess: qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. Lesen wir dagegen in Lb. XXIX. tit. 2. de adquir. v. o. heredit.: l. 18. Paulus libro II. ad Sabinum.

Is potest repudiare, qui et acquirere potest. l. 19. Idem libro LIX. ad Edictum. Qui hereditatem adire, vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem, so wird die unpassende Zusammenstellung einigermaassen durch die Form gemildert.

Drittens macht v. S. geltend, dass viele neuere Constitutionen gar nicht verständlich wären, vergliche man sie nicht mit dem älteren Rechte, das sie abändern sollten.

Ich dagegen leugne nicht, dass wir in Justinians Rechtsbüchern eine Menge erwünschter Rechtsbelehrungen finden, leugne aber, dass wir um deswillen einen darauf angelegten Plan vorauszusetzen berechtigt sind, und behaupte, dass, weil wir dazu nicht berechtiget sind, sich auch auf jene Voraussetzung keine Theorie für Anwendung des Röm. Rechtes bauen lasse.

Ein viertes Argument findet v. S. in der Beschaffenheit der Institutionen, welche nichts Veraltetes hätten enthalten und dennoch die geschichtliche Entwickelung darstellen sollen, was sie auch in mancher Lehre mit grosser Vollständigkeit leisteten, und dabei bezieht er sich auf die Worte in pr. I. §. 5.: In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum ab Imperiali remedio illuminatum est. Das aber, was wir hier von den Institutionen lesen, ist nirgends in Beziehung auf die andern Sammlungen gesagt. Hätte es auch von diesen gelten sollen, so würde der wenig wortkarge Justinian es zweifelsohne gesagt haben. Wer möchte nicht glauben, dass der Kaiser, dem schon in den Institutionen des Gajus zuviel antiquarische Belehrung schien gegeben zu sein, eine weitere Belehrung in Codex und Pandecten ganz unnöthig fand!

§. 15.

Nach welchen Criterien sollen wir bestimmen, ob die historische Vereinigung vorzunehmen sei?

M. s. wie darüber sich v. S. ausspricht.*) Merkwürdig sind die in dem unten zu lesenden Abdrucke ausgezeichneten Worte; in andere jedoch völlig gleichbedeutende übersetzt, legen sie das Geständniss ab: häufig wisse man nicht, wie oder warum etwas in Pandecten oder Codex gekommen sei; behaupte Jemand, dass gar manches absichtslos und blos in Folge eines Versehens der Compilatoren darinne stehe, so lasse gegen einen solchen sich nicht mit sonderlich widerlegenden Gründen

*) S. 280. „Das wichtigste aber und zugleich das schwierigste ist die Feststellung der Bedingungen für die historische Vereinigung. Der Fall nämlich ist der allerseltenste, worin uns geradezu ein Stück Rechtsgeschichte im Zusammenhange vorgetragen wird, so wie oben ein Beispiel aus den Institutionen nachgewiesen worden ist. Fast immer muss vielmehr jene Art der Vereinigung erst durch ein künstliches Verfahren herbeigeführt werden. Woran können wir nun mit Sicherheit erkennen, dass der Fall derselben wirklich vorhanden ist? darüber mag folgende Regel gelten. Finden sich zwei widersprechende Stellen aus verschiedener Zeit, so kann es geschehen, dass die Verschiedenheit des Inhaltes erweislich gerade durch dieses verschiedene Alter bewirkt worden ist, indem in der That eine Abänderung des Rechts eingetreten ist, entweder in der Zwischenzeit zwischen beiden Stellen, oder, was noch häufiger ist, gerade durch die neuere Stelle selbst, wenn diese den Charakter eines abändernden Gesetzes an sich trägt. In solchen Fällen ist die historische Vereinigung wirklich begründet, da wir bestimmt behaupten können, dass die Urheber beider Stellen, wenn sie gleichzeitig geschrieben hätten, mit einander übereinstimmen würden. Nun also dürfen wir die ältere Stelle als blosses Material zur rechtsgeschichtlichen Erläuterung der neueren ansehen. Dabei kann es auch ganz gleichgültig sein, ob die Compilatoren dieses mit Absicht so eingerichtet haben (was freilich niemals streng erweislich sein wird), oder ob die ältere Stelle nur aus Versehen aufgenommen worden ist. Denn auch in diesem letzten Falle geschieht eine solche Vereinigung ganz im Sinne der Compilation, und unser Verfahren ist durch die Natur und Bestimmung derselben völlig gerechtfertigt.

streiten; doch sei es auch ganz gleichgültig, ob dabei Absicht oder Zufall obgewaltet habe. Durch der Rechtsbücher Beschaffenheit zu einem künstlichen Verfahren bei Behandlung derselben genöthiget, habe man nichtzusammenhängende Stellen entweder durch Modification ihres gegenseitigen Sinnes zu übereinstimmenden zu machen, oder, wenn dies nicht angehe, die eine Stelle nur als rechtshistorische Belehrung anzusehen.

Lässt sich aber wohl, entgegne ich hierauf, sagen, letzteres geschehe im Sinne der Compilation, wenn blosses Versehen der Compilatoren bei Aufnahme der einen Stelle vorgewaltet und eben um deswillen dieselbe sinnloser Weise aufgenommen hat? Durch die Natur und Bestimmung der Compilation kann ein solches Verfahren nicht gerechtfertiget werden, denn die zufällig hereingeschneite Stelle anlangend, hatte die Compilation nicht die Bestimmung, rechtshistorisches Material mitzutheilen. Somit kann aber auch die Natur der Compilation jenem Verfahren zur Rechtfertigung nur insofern dienen, als wir annehmen, sie ist eine unvernünftige, gegen die, wie gegen jede Unvernunft, jedes sie zu beseitigen taugliche Mittel unseres Beifalls gewiss ist.

Hiernächst betrachte ich ein und das andere Beispiel, an welchem v. S. das historisch vereinigende Verfahren nachweist; dies um deswillen, weil mir dadurch anderweite Gelegenheit gegeben wird, die eigenthümliche Composition der Rechtsbücher und zugleich eine nicht seltene, mir aber völlig unbegreifliche Behandlung ihrer Bestandtheile in das Licht zu stellen.

Ueber l. 34. pr. mandati (17. 1.) und l. 13. de R. C. (12. 1.), erstere ein Fragment des Africanus, letztere des Ulpian, sagt v. S. S. 281. N. 5.: „In der Lehre vom Darlehne galt zuerst die strenge Regel, dass nur durch unmittelbares Hingeben des Geldes eine Klage gegen den Empfänger erworben werde. Als aber die Lehre vom Besitzerwerb eine freiere Ausbildung erhielt, wirkte diese auch auf die zulässige Form des Verkehrs zurück. Zur Zeit des Africanus war, wie es scheint, diese Entwickelung noch nicht vollendet, zur Zeit des

Ulpian war sie vollendet. Hier ist also die Stelle des Africanus blos historisches Material, wodurch die allmählige Ausbildung dieses Rechtssatzes erkennbar wird."

Ohne Weiteres erregen hier folgende Momente ein zweifelndes Bedenken. Wenn zu Africanus Zeiten keine Klage statt fand, daferne nicht unmittelbar aus der Hand des Darleihers das geliehene Geld in die des Erborgers übergegangen war, so liess diese Praxis völlig recht und hülflos denjenigen, für dessen Rechnung erst Geld in eines andern Hand gekommen war und der alsdann mit diesem andern sich vereinigte, letzterer solle das Geld als geliehen gegen Zinsen behalten; denn alsdann war eine solche Vereinigung null und nichtig. Ist es glaublich, dass in den Zeiten des Africanus, eines Juristen derjenigen Zeit, aus welcher schriftstellerische Fragmente in die Pandecten aufzunehmen dem Justinian zweckmässig schien, eine solche Praxis verträglich mit röm. Geschäftsverhältnissen gewesen sei? Ferner: wenn die Stelle des Africanus das Document eines weniger ausgebildeten Rechtszustandes gewesen zu sein scheint, so ist die Annahme, sie enthalte blos historisches Material, nicht gewisser als die nur anscheinend richtige Prämisse. Nehmen wir nun aber die Stellen selbst, so finden wir, dass von dem Standpuncte des Justinianeischen Rechtes aus angesehen, dieselben identischen Inhaltes sind.

L. 34. pr. cit. Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, quum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus; quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint? Respondit, non esse creditam, alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item, quod si a debitore meo jusso te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est; his argumentum esse, eum, qui, quum mutuam pecuniam dare vellet, argentum ven-

dendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, et tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat. — Nachdem (m. s. bis zu den Worten: creditam fieri posse) Africanus einen Fall der eben bemerkten Art in Frage gestellt hat, leugnet er, den bemerkten rigoristischen Begriff festhaltend, allerdings, dass solchenfalls pecunia credita, oder ein mutuum statt finde, und leugnet es um deswillen, weil, was Jemand aus irgend einem bereits vorhandenen Contracte schuldig sei, nicht nuda pactione zum mutuo werden könne, welcher Grundsatz würde umgestossen werden, beurtheilte man den aufgestellten Fall auf andere Weise. Andererseits sagt aber auch bis hierher Africanus kein Wort darüber, ob denn nun jene pactio völlig null und nichtig sei.

Die Worte in: nec huic bis tui fiunt beseitigen einen gedenkbar entgegenzusetzenden Einwand*) und einen andern die Worte: item, quod si a debitore meo jusso te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est.**) Die darauf folgenden Worte: his argumentum esse bis accepisset pecuniam sind also zu verstehen: die Wahrheit des vorstehenden Räsonnements (nach dem in dem Eingangs bemerkten Fall keine pecunia credita

*) Wenn dem Depositar das bei ihm deponirte Geld von dem Deponenten geliehen wird, so erhält jener Eigenthum an den Stücken, die bis dahin Stück für Stück das Eigenthum des Deponenten wären; das ist ein mutuum; denn nach bekannter, von den alten Juristen angenommener Etymologie fit ex meo tuum.

**) Man konnte jemandem mutuo dare, indem man ihm anwies, die zum Darlehn bestimmte Summe bei einem Dritten zu erheben. Streng genommen, konnte der in solcher Form Darleihende allerdings eben so wenig wie der Mandant im Eingange der l. 34. sagen, dass seine Münzen Eigenthum des Empfängers geworden wären. Jedoch Africanus findet sich dadurch nicht widerlegt, sondern er bemerkt, dass für den speciellen Fall des bei einem Dritten angewiesenen Empfanges die Praxis den bemerkten Rigorismus aufgegeben habe, nicht aber diese specielle Ausnahme zur Regel zu machen sei.

angenommen wurde, und sowohl ein Einwand a contrario als auch ein Einwand a simili für unbegründet dargestellt ist), wird anschaulich dadurch, dass, wer von dem Eigenthümer unausgeprägten Silbers dasselbe zu dem Ende erhalten hat, dass er es verkaufe und den Erlös als Darlehn behalte, ebenfalls nicht ex mutuo belangt werden kann, obschon der Erlös periculo suo est. Deutlichst ist hiermit ausgesprochen, dass das gedachte Verhältniss den Empfänger dem Geber obligat macht, jedoch nicht unter der Categorie von credita pecunia stehen soll; unter welcher anderen ist nicht ausgesprochen.*) Endlich erklärt über den Eingangsbemerkten Fall, nach dem er bis dahin sich blos negativ gegen die Existenz des mutui ausgesprochen hat, Africanus sich positiv also: der Procurator muss die versprochenen Zinsen bezahlen und das Capital ist ipsius periculo. Mehr aber kann auch kein Darleiher von dem Erborger verlangen, und somit spricht der Sache nach Africanus genau das Nämliche aus, was von jenem Verhältnisse, dasselbe als Darlehnscontract prädicirend, heutigen Tages so Nichtjurist wie Jurist einstimmig behaupten. Antiquarisch eigenthümlich ist in der Stelle nur die Behauptung, dass jene zwiefache Verbindlichkeit actione mandati sicher gestellt sei.**)

In l. 15. cit. — bestimmter noch in l. 11. de R. cred. (12. 1.)***) — erklärt Ulpian für den bemerkten Fall al-

*) Keinem Zweifel unterliegt es, dass, in dem Sinne Africanus, die Obligation durch actio praescriptis verbis sicher gestellt war.

**) Das Zinsversprechen lief nicht gegen den Begriff des mandati, denn Zinsen muss ohnehin jeder Mandatar zahlen, der für Rechnung des Mandanten erhobene Gelder in eigenen Geschäften anlegt; und nach l. 39. eod. eben so wenig die Uebernahme des periculi. Da das Geschäft nicht in mutui datio umgewandelt wurde, so fand hierinne Africanus Veranlassung, zu bemerken: Nicht sei das Zinsversprechen unverbindlich wenn gegen die Naturalia negotii der Mandatar das periculum übernommen habe.

***) Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam: Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est: ut, cum ex

lerdings die eigentliche Schuldklage zulässig. Allein dieser Widerspruch involvirt keine materielle Rechtsverschiedenheit, indem Africanus durch die actio mandati das Nämliche fordern lässt, wofür Ulpian die condictio mutui will gegeben wissen. Ein Widerspruch ist für uns nur bei materieller Rechtsverschiedenheit vorhanden; nicht zu gedenken, dass auch in Justinians Tagen, nachdem der Gebrauch der Klagformeln aufgehoben war, kein materieller Widerspruch eintrat, und also die Stelle des Ulpian zu dem Rechtszustande in den Tagen Justinians, in dem ja überhaupt jede Frage nach der Klagformel höchst müssiger Natur war, keinen geringeren Gegensatz als die des Africanus bildet. Diese historische Erkenntniss hilft uns also über gar nichts weg, was ausserdem die Rechtsanwendung durch unvereinbare Rechtssätze in Verlegenheit bringen könnte, überzeugt uns aber, dass, wenn die Compilatoren den Stoff nur einigermaassen planmässig zu beherrschen vermocht hätten, sie die Stelle des Africanus hätten unabgeschrieben gelassen. Dass dieselbe als ein Rest des Alterthums uns wie jeder solcher Rest willkommen ist, das hebt die Wahrheit dieser Bemerkung nicht auf.

§. 16.

Schluss der Theorie, nach welcher v. S. in dem Röm. Rechte vorkommende Widersprüche will vereinigt sehen.

Was hilft das systematische und das historische Vereinigen, was hilft es, dasselbe bis zur künstlichen Gewaltsamkeit oder gewaltsamen Künstlichkeit durchzuführen, wenn man endlich mit v. S. — m. s. S. 286. — in die Worte ausbrechen muss: „Was soll endlich geschehen in den Fällen, in welchen beide Arten der Vereinigung nicht anwendbar sind, obgleich ein Widerspruch durchaus eingeräumt werden muss?“ Zur Antwort wird eben daselbst gegeben: es bleibe nichts übrig, als unter

causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut credita nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me a te profecta.

beiden widersprechenden Stellen diejenige vorzuziehen, welche den übrigen unzweifelhaften Grundsätzen der Justinianeischen Gesetzgebung am meisten entspreche. Erwägen wir nun, dass Justinian zwar beabsichtiget hat, Gesetzbücher zu geben, in der That aber nichts anderes geleistet hat, als höchst formloser Weise eine Rechtspraxis darzulegen, die wir in dieser Darlegung für eine gesetzlich fixirte gelten lassen, und ist es unableugbar, dass wir in dieser Praxis Widersprüche entdecken, so ist die einzig hier durchgreifend aushelfende Methode die: die Justinianeischen Rechtsbücher in der Qualität von Gesetzbüchern gänzlich fallen zu lassen und sie für das zu nehmen, was sie sind, den bedeutendsten unter allen den antiquarischen Stoffen, durch die es möglich ist, jene Praxis uns approximativ zu veranschaulichen, die, wie alle Praxis, auf allgemein oder doch von der Mehrheit der Stimmführer Angenommenem muss beruht haben. Denn allerdings ist das von verschiedenen Kaisern oder Juristen zwei oder dreimal mit voller Bestimmtheit Gesagte jener Praxis zuverlässig eigener gewesen, als das einmal Gesagte. Jedem, der diese Ansicht genommen hat, wird die Ueberzeugung, dass diejenigen Rechtssätze, die mehrfach als völlig unbestritten in den Quellen vorkommen, vor andern, bei denen dies nicht der Fall ist, vorherrschende Anwendung gefunden haben, ganz von selbst kommen, ohne dass er sich desfalls erst einer besondern Regel bewusst wird, die v. S. auf „die Voraussetzung der organischen Einheit des Röm. Rechtes basirt, die da wiederum (S. 286.) ihre tiefere Begründung in der allgemeinen Natur des positiven Rechtes überhaupt finde.“ Diese Deduction, welche organische Einheit des Röm. Rechtes voraussetzt, weil organische Einheit der Charakter des positiven Rechtes überhaupt sei, beweist, dass v. S. entweder mit dem Beiwort positiv oder mit dem Beiwort organisch einen ganz eigenthümlichen Begriff verbindet, den zu ergründen ich weiter unten werde bemüht sein. Hier versuche ich, mir darüber eine Rechenschaft zu geben, wie v. S. S. 287. sagen kann: „Eine Bestätigung ihrer“ (jener Regel) „Richtigkeit liegt noch in dem

völlig analogen Verfahren, welches bei zweideutigen Ausdrücken einzelner Gesetze anzuwenden ist, und an dessen Richtigkeit ohnehin niemand zweifelt. Wie dort aus zwei Bedeutungen desselben Ausdruckes ein Zweifel entsteht, so hier aus zwei widersprechenden Stellen derselben Gesetzgebung. Wie dort der sprachliche Zweifel am sichersten gehoben wird durch Vergleichung mit andern Theilen desselben Gesetzes oder mit andern Gesetzen, so hier der sachliche Zweifel durch Vergleichung mit andern unzweifelhaften Grundsätzen derselben Gesetzgebung. Die Aehnlichkeit ist vollständig und unwidersprechlich." Dieser Vergleich scheint unpassend, wie ich an folgendem Beispiel erläutere. Das Wort Geschenk ist im Deutschen wie im Lateinischen ein mehrdeutiges. Zunächst versteht man darunter eine aus blosser Liberalität des Gebers in das Eigenthum des Empfängers übergegangene Sache, welche Bedeutung in dem Titel pro donato vorwaltet. Man versteht aber auch darunter jedes aus der Absicht, einen andern zu bereichern, eingegangene Geschäft, z. B. Verkauf um einen zu niedrigen Preis, damit der Käufer um so viel bereichert werde, als er nicht bezahlt, eine Bedeutung, in der donatio in den einschlagenden Titeln ebenfalls vielfach gebraucht wird. Zeigt sich nun eine Ungewissheit, ob das Wort donatio in dieser und in jener Stelle die weitere oder engere Bedeutung habe, und suche ich die eine oder die andere dieser und jener Stelle zu vindiciren, so interpretire ich, lege die Stellen aus. Hier ist zunächst von gar keinem Widerspruche die Rede. Entdecke ich einen solchen durch die Interpretation, weil ich z. B., nachdem ich das Wort donatio in beiden Stellen in gleicher Bedeutung gebraucht fand, nunmehr in beiden Verschiedenes über die donatio vorgeschrieben sehe, und kommt es nun darauf an, diesen Widerspruch zu lösen, so werde ich nimmermehr in dem bei Feststellung des Begriffes donatio beobachteten Verfahren eine Anleitung finden, wie ich über Sätze, die einander hinsichtlich dessen widersprechen, was bei der donatio soll Rechtens sein, der Praxis hinweghelfen könne.

Nun noch über zwei Stellen, auf welche v. S. seine dritte Regel will angewendet wissen, einige Bemerkungen, welche abermals die Beschaffenheit der Quellen und insonderheit der röm. Juristen Schwäche in theoretisch classificirenden Ansichten, zugleich aber auch der Litteratur hinsichtlich des Verhältnisses unserer Praxis zu den Quellen häufig sehr unzweckmässiges Benehmen sichtbar machen.

Auch in Ländern des gemeinen Rechtes wird niemandem auch nur der mindeste Zweifel darüber aufsteigen, dass, wenn jemand etwas, versteht sich auf keine Widerrechtlichkeit hinauslaufendes, gethan hat, wofür ihm von einem Andern Geld oder eine Sache ist versprochen worden, dieser Andere seine Zusage erfüllen müsse. Gleichgültig wäre es demnach für die Praxis, wenn auch noch so viele Stellen der Pandecten das Gegentheil besagten. Dennoch ist das bemerkte Verhältniss Gegenstand weitschichtiger Erörterungen geworden, obschon nicht einmal der entgegenstehende Ausspruch in den Quellen vorkommt, indem in l. 5. §. 3. de praescript. verbis.*) — einem Fragmente des Paulus, — für Fälle der gedachten Art nur die actio in factum abgesprochen und dafür die actio quod dolo gegeben wird, auch der röm. Name der Klage besonders dann ganz gleichgültig für uns ist, wenn, dem Gegenstande der Verbindlichkeit nach, Jedermann sofort darüber muss mit sich im Klaren sein, was die so oder anders benannte Klage in Anspruch nehmen konnte. Dass in unserem Falle dies nur die versprochene Zahlung oder Sache sein könne, leuchtet ohne Weiteres ein. Um nichts weniger**) haben auch die so-

*) Quodsi faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.

**) M. vergl. in Anton Schulting Not. ad Pandect. ad Smallenburg, Tom. III. pag. 555. u. 556. §. 3.: „Quodsi faciam, ut des etc. nulla erit etc. D. Goth. in not. „Vid. L. 4. Cod. de dol. mal.“ Sed actionem, praescriptis verbis dedisse alios, liquet (1.) ex l. 15. l. 22. h. t. l. 6. Cod. de transact. §. 1. Inst. de loc. cond. Ant. Matth. in Colleg. Pand. Disp. 26. Thes. 12. censet, (2.) ipsum Paulum hoc corrigere in §. ult. h. l. Sed frustra. Vid. ibid.

(1.) Etiam ex contractu non nominato facio ut des nasci actionem

genannten Praktiker über jene Stelle sich mit grosser Copiosität verbreitet, weil damit andere sich nicht sollen vereinigen lassen. Würde es wohl der Jurisprudenz schaden, wenn die Schriftsteller da, wo sie praktisches Recht der Römer darstellen wollen, sich nicht in unpraktische Fragen vertieften und dem lehrbegierigen Praktiker, der antiquarische und exegetische Untersuchungen gern bei Seite liegen lässt, entweder nur diejenige Masse Röm. Rechtes zu erläutern suchten, die der Praktiker für die Anwendung mit klarem Verständniss zu durchdringen ein Bedürfniss fühlt, oder sie doch in der Form der Behandlung praktischen und unpraktischen Stoff scharf sonderten? Hiernächst sollte man meinen, ehe von Widersprüchen geredet würde, hätte man genau zuzusehen, was die eine und die andere Stelle sage, und zugleich, insofern sie Momente verschweigen, welche den Widerspruch herbeigeführt haben können, sich möglichst um diese zu bekümmern. Denn nur von verstandenen Sätzen lässt sich behaupten, sie widersprächen einander, und ungewiss ist es, ob man eine Rede verstehe, d. h., in dem Sinne ihres Urhebers auffasse, wenn man nicht weiss, wie er zu dem Ausspruche gekommen sei, und also auch nicht gewiss darüber ist, was zu sagen seine Absicht gewesen sei. l. 5. cit. geht in pr. von der Frage aus, wie es gehalten werden soll, wenn ich meinen Sclaven manumittire und dagegen ein Anderer nicht den seinigen freilässt, obschon er dies versprochen hatte. Wie soll ich

praescriptis verbis, si dolus non arguitur: alioquin locum esse actioni de dolo, perinde ut in praec. §. 2. quo cum §. 3. conjungendus, censet Noodt Pact. et transact. Cap. 9. Huber in Prael. ad h. t. Pand. §. 5. Westenberg ad h. t. Pand. §. 2. add. Charond. Verisimil. loc. supra cit. Coras. Miscellan. II. 10. Ant. Govean. Var. Lection. II. 28. Grangian. Paradox. Jur. Civ. Cap. 67. in Thes. Otton. Tom. V. p. 649. seq. Vinn. Sel. Quaest. I. 46. Vid. et hac de re Bachov. ad Treutl. Vol. I. Disp. 30. Thes. 10. p. 1161. sqq. Wissenbach in Disp. ad h. t. Pand. §. 18. Bockelmann. ad eund. tit. §. 2. Schulting Thes. Controv. Dec. 74. §. 6. seq. videtur negare, ex contractu nec nominato facio ut des actionem praescriptis verbis nasci. Negat etiam Glück tit. de permutat. §. 1069. p. 91. sqq.

(2.) Etiam alii. Vid. Wissenbach. loc. modo cit.

hier klagen? Paulus erklärt, er wolle in hac quaestione den ganzen tractatus von dem inspiciren, was späterhin unter dem Namen Innominatcontracte ist zusammengefasst worden. Wie benimmt er sich dabei? Ohne allen Uebergang, einerseits von dem Vorhergehenden und andererseits zu dem Darauffolgenden, wirft er (haben nicht die Compilatoren das Unmotivirte der Behauptung zu verantworten) in §. 3. die Worte hin: Quodsi faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur. Hier bleiben wir erstlich völlig unaufgeklärt, warum keine civilis oder praescriptis verbis actio soll gegeben werden, und sodann bildet das ideo eine ganz unlogische Verbindung. Denn eine andere Klage kann ja doch nur dann gegeben werden, wenn deren Erfordernisse vorhanden sind, welche positive Voraussetzung nicht hergestellt wird durch die negative, dass diese oder jene andere Klage nicht Platz ergreift. Das cessare dessen, der geben soll, kann ein dolus sein, wird es aber in hundert Fällen nicht sein, namentlich nicht dann, wenn eine species sollte gegeben werden, die vor dem cessare ohne des Cessirenden Verschulden untergegangen ist, ein Befreiungsgrund, den in §. 1. l. c. Paulus selbst anerkennt. Also ist schon um deswillen die angekündigte theoretische Vollständigkeit mangelhaft.

Können wir ferner einen Grund entdecken, weshalb die actio praescriptis wegfallen soll? Diese Frage zu beantworten ist es nöthig, das Fragment seinem ganzen Inhalte nach folgendermaassen durchzugehen. Wenn (§. 1.) dare die Gegenleistung für das dare sein soll, dann wird, ziehe ich es nicht vor, das meinerseits bereits Gegebene condictione sine causa zurückzufordern, auf das dagegen zu Gebende praescriptis verbis nach Analogie der actio emti geklagt.

Ist (§. 2.) facere die Gegenleistung für ein dare, so wird unterschieden; und es ist diese Unterscheidung wichtig für Interpretation von §. 3., weil sie uns darauf aufmerksam macht, wie das facere in Gestalten vorkommen kann, die, subsumirt unter dem generellen Begriff facere,

nicht so genau, als es nöthig gewesen wäre, bezeichnet sind. Besteht das facere in einer Handlung, die zum öftersten eine ermiethete ist, jedoch in dem concreten Falle keine wirkliche locatio conductio darstellt, weil die Vergütung für das facere in einer bestimmten Sache bestand, so wird praescriptis verbis geklagt und damit erlangt, was die actio locati bewirken würde.

Liesse das erfolgte, im Voraus bezahlte facere sich aus einem andern Grunde und zwar um deswillen der locatio cond. nicht gleich stellen, weil das factum ein locari non solitum war, z. B., A. giebt dem B. 100 Thlr., damit dieser einen seiner Sclaven manumittirt, alsdann tritt, will A. nicht die 100 Thlr. zurückfordern, actio praescriptis verbis ein. Worauf aber soll diese gehen? welche condemnatio quanti mea interest soll hier erfolgen? Es wäre zu wünschen, dass das Fragment dies gesagt hätte. An der Manumission eines fremden Sclaven kann ich ein Interesse nur im concreten Falle haben, z. B., wenn dessen Freilassung die Bedingung eines mir beschiedenen Legates ist. Soll den Empfänger, der sein Wort nicht hält, keine Verbindlichkeit treffen, wenn ich kein solches bedingtes Interesse habe? Oder nahm man an, der Geber habe durch Erlegung der 100 Thlr. sein Interesse an der Freilassung bereits selbst bemessen? Alsdann aber wäre 100 Thlr. die summa condemnationis, und zwischen condictio und actio praescriptis verbis kein wesentlicher Unterschied. Diese Fragen lässt des Paulus theoretische Vollständigkeit unbeantwortet. Jedoch ist bei ihrer Erörterung soviel klar geworden, dass Paulus ein facere quod locari solet (puta ut tabulam pingas) von dem unterscheidet, quod locari non potest (puta ut servum tuum manumittas. §. 2.). Diese auf non solere und non posse beruhenden Kennzeichen verrathen aber eine sehr mangelhafte Begabung für Auffassung allgemeiner unterscheidender Merkmale; denn soviel als nichts ist mit denselben bezeichnet, wenn man nicht weiss und erfährt, wo das positive locari solere und das negative locari non posse Platz ergreift.

Noch übler aber ist es, dass Paulus, obschon er eine

vollständige Erörterung angekündigt hat, nichts davon sagt und also auch sich gar nicht scheint bewusst geworden zu sein, dass es ein facere giebt, welches ohne ein dare, ohne eine datio de manu in manum zu sein, um nichts weniger in den Wirkungen diesem allereigentlichsten Geben sowohl für den Thuenden, als für den bei dessen facere Interessirten völlig gleich kommt. z. B., ein Erbe thut etwas, das ihm die Verbindlichkeit auferlegt, ein für den Fall ausgesetztes Legat zu bezahlen, oder ich renuncire einer Klage und das eine und das andere geschieht gegen eine gewisse Entschädigung. Was Rechtens sein solle, wenn facere dem facere als Gegenleistung bedungen worden sei, erläutert Paulus an Beispielen ebenfalls nicht ganz lobenswerther Weise. §. 4.*)

Erstes Beispiel. A. übernimmt, des B. Schulden in Carthago einzutreiben, B. die des A. in Rom, und unterlässt es. Für diesen Fall vertheidigt Paulus die Zulässigkeit der actio mandati. Da er nicht sagt, warum es einer solchen Vertheidigung bedürfe, so bleibt nichts übrig, als den Grund zu errathen, und zu errathen vermag ich keinen andern, als den, dass das mandatum seiner Natur nach ein gratuitum ist und diese Natur, die durch Bezahlung gänzlich zerstört sein würde, mindestens nicht unversehrt bleibt, wenn dafür ein facere das mandatum lohnt. Dafür sprechen auch die Momente, wor-

*) Sed si facio, ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi, et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest; quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere; possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes, et non plus impendas in exigendo, quam decem; et si eandem quantitatem impenderimus, nulla dubitatio est, sin autem aliter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas; neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, et in insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem; quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni.

auf Paulus die vertheidigte Ansicht stützt, und welche sämmtlich darauf hinauslaufen, dass man naturam mandati pacto abändern könne. Schlüsslich gesteht er aber selbst ein, sicherer komme man mit der actio praescriptis verbis fort, welche actioni mandati similis sei, d. h. unverkennbar: zu dem gleichen Resultate, jedoch mit Hülfe einer andern Formel, führen werde. *)

Zweites Beispiel. A. übernimmt auf des B. Grund und Boden, dagegen B. auf dem des ersteren einen Bau auszuführen. Auch hier findet Paulus es sicherer, die actio praescriptis verbis zu gebrauchen. Also scheint es, er glaubte, unter gleichen Gründen wie bei dem ersten werde auch bei dem zweiten Beispiele die actio mandati sich rechtfertigen lassen. Ja es wird dies gewiss, weil er von beiden Beispielen sagt, es werde die actio praescriptis verbis similis der mandati actioni sein. Demnach ist es aber nicht lobenswerth, dass wir im Eingange des §. lesen: in priorem (nicht in utramque) speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, was in jedem Leser die Meinung erregt, nicht solle das Nämliche auch von dem zweiten Beispiele gelten. **)

In §. 5. endlich springt er zurück auf den in pr. erwähnten Fall, wo A. seinen Sclaven und B. dagegen den seinigen zu manumittiren versprochen. Auch dieser Fall soll eben so beurtheilt werden (idem dici potest), also auch hier die actio praescriptis verbis der actio mandati similis sein. Hier sind ebenfalls mehrere Ungenauigkeiten bemerkbar. Man vermisst die Angabe, wie das Verhältniss ähnlich dem mandato scheinen könne. Es scheint ihm durchaus unähnlich, da es dem A. nichts nutzt, wenn ein Sclave des B. von diesem manumittirt würde. Indess,

*) Die Worte „et si eandem quantitatem“ bis „invicem impensas“ übergehe ich, denn sie sind, die Schuld sei wessen sie wolle, so wie wir dieselben jetzt lesen, ein ungrammatisches constructionswidriges Schreibsal und bleiben es, auch wenn wir impenderemus statt impenderimus und alter statt aliter lesen.

**) Beiläufig gesagt, ist der Accusativ priorem statt des Ablatives eine seltene Latinität.

dagegen lässt sich einhalten, dass das mandatum im Allgemeinsten ein Geschäft ist, das Jemand auf Rechnung und Kosten eines Andern ausführt, und B. insoferne auf Kosten des A. manumittirt, als dieser dagegen ebenfalls einem Sclaven die Freiheit schenkt. Das necessario sequitur endlich erregt wieder grosses Bedenken; die actio mandati directa nimmt in Anspruch, und also auch die actio praescriptis verbis in allen nach Analogie des Mandates zu beurtheilenden Fällen das id quod interest in Betreff des unausgeführt gebliebenen Mandates. Allein nur unter zufälligen Umständen kann A. bei Freilassung eines fremden Sclaven ein pecuniäres Interesse haben. Das erkennt auch Paulus an, denn nicht das id quod interest für die auf Seiten des B. unterbliebene, sondern für die auf Seite des A. erfolgte, allein ohne die vorausgesetzte Gegenleistung bewirkte Manumission soll A. in Anspruch nehmen. Dieser mangelhaften, ja zum Theil verworrenen Exposition ungeachtet, dürfte es gelingen, §. 3. l. cit. zu enträthseln, so unbegreiflich es auch auf den ersten Anblick scheint, dass bei dem „facio ut des" und dann unterbleibenden dare, derjenige, welcher das facere geleistet hat, nicht soll können (§. 1.) fordern, man verurtheile den Beklagten in quanti interest mea illud accipere de quo convenit.

Die actio praescriptis verbis — das sehen wir aus dem Fragmente, das sehen wir aus dem gesammten Titel — wurde gegeben, wenn es an irgend einer Voraussetzung einer benannten Klage fehlte, dennoch aber das Verhältniss sich als analog den Voraussetzungen einer benannten Klage ansehen liess. Bis zu einem gewissen, jedoch nirgends theoretisch fixirten Grade m u s s t e d i e s e Analogie vorhanden sein; es wird z. B. praesc. verbis geklagt, wenn eine Sache ist veräussert und dagegen ein Aequivalent von dem Empfänger zugesagt worden, das eine Sache und also kein K a u f p r e i s ist. Gesetzt nun, A. t h u t etwas und soll dafür etwas erhalten, entweder eine Sache oder baares Geld. Soll er eine S a c h e erhalten, so weicht für eine actio praesc. verb. das Geschäft allzuweit von dem Kaufe ab; denn jede Sache kann der

Repräsentant eines Preises sein, niemals aber ein factum an sich.

Noch weiter weicht das Geschäft von dem Kaufe ab, wenn als Leistung und Gegenleistung ein bereits erfolgtes factum und eine zu erwartende Zahlung in baarem Gelde einander gegenüber stehen; denn nicht jedes factum hat an sich einen Preis, und überdies fehlt die res oder merx. Näher scheint die Möglichkeit zu liegen, das Object des dare, welches das facere vergüten soll, nach Analogie des Lohnes zu betrachten, den ein locator operis oder operarum nach vollendeter Leistung fordern kann? Darauf erwiedere ich: erstlich ist es sehr wohl denkbar, dass den Römern diese Analogie entging. Solchenfalls wäre das Thun aufgefasst worden als Mittel, das den Lohn als Zweck erreichen soll, während immer, wo von einem Miethvertrage die Rede ist, zunächst die umgekehrte Ansicht genommen wird, welche den Lohn als das Mittel betrachtet, ein Thun als den Zweck des Lohnes vollführt zu machen. Jedoch gesetzt auch, die Römer hätten, um zu einer actio praescriptis verbis zu gelangen, jene an sich denkbare Ansicht genommen, so würden sie zweitens sich demohngeachtet zu der Regel haben bekennen müssen: dass das facere, worauf ein dare folgen solle, keine actionem praescriptis verbis begründe; denn um facere und dagegen zu bewirkendes dare noch in der Analogie eines Miethcontractes erblicken zu können, waren jedenfalls besondere, nicht allemal eintretende Voraussetzungen nöthig. Entweder musste, während kein dem Begriffe der locatio cond. gemässer Lohn versprochen war, doch ein factum quod locari solet, oder, obschon kein factum quod locari solet bedungen worden war, doch ein Lohn in Gelde bedungen sein. Allzuweit über alle Analogie hinaus wäre es gegangen, ein factum quod non locari solet einerseits, und zugleich andererseits eine Vergütung in etwas Anderem als baarem Gelde einer locatio conductio ähnlich zu finden. Sehr wohl möglich ist es, dass unter jener alternirenden zweifachen Voraussetzung auch Paulus die actionem praescriptis verbis würde gegeben haben. Dass er den negativen Satz: nulla erit civilis actio, welcher

unter gewissen Umständen nicht anwendbar wurde, also nur exceptionel unanwendbar war, ohne irgend einen diese Umstände hervorhebenden Zusatz ausgesprochen hat, das erscheint, weil der negative Satz, als Regel genommen, richtig ist, nur als Verstoss gegen die angekündigte Vollständigkeit des Tractates.

So hätten wir die Ansicht entdeckt, von welcher ausgehend Paulus jene Worte aussprechen konnte. Nunmehro treten aber auch diejenigen Stellen in ein anderes Licht, in denen man immer einen Widerspruch gefunden hat.

Man nehme zuerst l. 15. eod. *) Hier sagt Ulpian: es kann actio praescriptis verbis eintreten (oriri potest), wenn Jemand dem Eigenthümer eines entlaufenen Sclaven zu dessen Wiedererlangung verhilft und das dafür ihm Zugesagte nicht erhält, wo also das dare nicht auf das facere folgt. Dann aber hebt Ulpian die Behauptung halb und halb wieder auf, indem er an das oriri potest den Einwand fügt: wenn nicht etwa Jemand behaupte, es träte nicht die actio praescriptis verbis, sondern de dolo ein, die aber erfordere (ein sich von selbst verstehender Zusatz, den Paulus in §. 3. cit. hinweggelassen hat), dass auf Seiten des Versprechenden eingetretener dolus erweislich sei. Diese Unbestimmtheit in den Worten des Ulpian hat nichts Befremdendes, da, wie gedacht, überhaupt nicht theoretisch feststand, wie weit man mit der actio praescriptis verbis gehen könne.

*) Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur; quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem hujus rei accipere, et sic indicare; nec videtur illicitum esse hoc, quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem. Quodsi solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquid; ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis, nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.

L. 22. eod. *), ein Fragment des Gajus, widerspricht der Regel des Paulus ebenfalls nicht, denn hier ist von einem facto locari solito die Rede; also von einer Ausnahme, die des Paulus Regel hat bei Seite liegen lassen. Auch würde Paulus eine weitere Ausnahme in dem Falle der l. 6. C. de transact. (2. 4.)**) gemacht haben. Das facere in dem discedere a lite gegen theilweise Ueberlassung des Streitobjectes, das vergütete Aufgeben eines prätendirten Rechtes, liegt dem Verkaufe einer Forderung überaus nahe. L. 4. C. de dolo malo (2. 21.)***) stimmt genau zu des Paulus Regel. A. hatte eine Sclavin, die Bettgenossin des B. freigelassen, oder (was auf das Nämliche hinauskommt) sie dem B. übergeben, damit dieser sie freilasse, und konnte nun nach Freilassung seiner Sclavin den dagegen ihm von B. zugesagten Sclaven nicht erhalten. A. hat solchenfalls actionem de dolo. Genau stimmt dies zur Regel des Paulus; denn weder ist die

*) Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suspiciente, mandati est obligatio; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quodsi neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data, aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis.

**) Quum mota inofficiosi querela matrem vestram cum diversa parte transegisse ita, ut partem bonorum susciperet, et a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes exstitistis, juris ratio non sinit, verum si fides placitis praestita non est, in id, quod interest, diversam partem recte convenietis; aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit, aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.

***) Quum proponas inter te, et eum, quem in tubernio ancillam tuam sibi conjunxisse memorasti, placuisse, ut tibi pro eadem daret mancipium, intelligis, quod, si manumisti, vel ei tradidisti, et ille manumisit, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus excesserit, et fidem placiti rumpat, desiderare debes, de dolo tibi decerni actionem. Quodsi penes te dominium ejus remansit, adito Praeside provinciae cum natis ejus hanc potes recuperare, si nulla moveatur status quaestio.

Freilassung eines Sclaven factum locari solitum, noch die Veräusserung eines Sclaven Geldzahlung.

Soviel über l. 5. §. 3. cit. Sollte die Ueberzeugung von der Richtigkeit meiner Interpretation Selbsttäuschung sein, so folgte daraus, dass über Stellen des Röm. Rechtes lange Zeit kann unüberzeugend hin und her gesprochen worden sein, und auch das weitere darüber Hin- und Hersprechen eine Vergeblichkeit zu bleiben droht.

Mich zu einem anderen Rechtsverhältnisse wendend, hinsichtlich dessen v. S. einen unheilbaren, weder auf systematischem noch auf historischem Wege zu beseitigenden Widerspruch wahrnimmt, thue ich dies nur, weil auch damit sich anderweite, für Erkenntniss unseres Rechtszustandes der Beachtung werthe Bemerkungen verbinden lassen. In der Zeit vor den classischen Juristen galt der Grundsatz: Schenkungen, die ein Gatte dem andern macht, sind ungültig. Dieser Grundsatz beruhte auf keiner geschriebenen Norm, sondern auf nationell hergebrachter Ansicht. „*Moribus*“ — sagt Ulpian in l. 1. de donat. inter v. et uxor. (24. 1.) „apud nos *receptum* est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.“ Darüber, wie diese Ansicht sich gebildet habe, finden wir uns von Justinian eines und des anderen Juristen Ausspruch überliefert. Unverkennbar aber hat auch bei dieser Ueberlieferung nur der gedankenlose Zufall gewaltet. Denn an sich den Gebrauch des in den Pandecten in Beziehung auf den nämlichen Gegenstand vorliegenden Rechtes um keinen Schritt fördernd, ist sie überdies zuverlässig unrichtig, und belegt daher, wie wenig geeignet die Röm. Juristen waren, ein historisches Moment traditionellen Rechtes sich ohne vorhandene besondere historische Nachrichten zu vergegenwärtigen. Jene Sitte soll nach Ulpian die Tendenz gehabt haben, zu verhindern, dass sich die Gatten, von Liebe zu einander verleitet, gegenseitig durch übermässige Schenkungen verschwenderisch ausplünderten.*) Somit hätte dem Uebermaasse

*) Ibid. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.

ehelicher Hingebung sollen gesteuert werden. An jenes Fragment schliesst in l. 2. ein von den Compilatoren corrumpirtes und auf diese Weise (somit aber durch Zerstörung seiner historischen Gestalt) in unmittelbarem grammatischen Zusammenhange mit l. 1. cit. gesetztes Fragment aus Paulus an: ... nec esset iis studium liberos potius educandi. Sextus Caecilius et illam causam adjiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia. Wie passt das zusammen? Gatten, die aus unbändiger Liebe sich durch Schenkungen gegenseitig ausplündern (wobei übrigens, wenn sich zwei vermögende Personen geheirathet haben, keine von beiden sonderlichen Schaden leiden kann) werden darüber, sind sie nur sonst fähig und geneigt, die Kinder gebührend zu erziehen, die Kindererziehung am allerwenigsten vergessen. Denn wie oft auch in Ehen kein Gatte für den andern diejenige Zuneigung beweist, die er den Kindern bewährt, so überträgt sich doch in der Regel die Liebe, welche ein Gatte zu dem andern hat, auch auf die gemeinschaftlichen Kinder. Ganz anderer Meinung war nach l. c. Sextus Caecilius, der nicht an Folgen zu grosser Zärtlichkeit, sondern die Wirkungen zuneigungsloser Verbindungen glaubte. Diesen, meint Caecilius, habe man entgegenarbeiten, den Fortbestand der Ehen nicht zu etwas für Geschenke Käufliches machen wollen. Obschon aber nach allem, was wir von Röm. Sittengeschichte wissen, es sehr glaublich ist, dass in spätern verderbten Zeiten vielen Ehen nur der Eigennutz Bestand gab, so unglaublich ist, dass jener Rechtssatz sich aus diesem Stande der Sitten entwickelt habe. Denn wo die herrschende Stimmung einer Nation eine verwerfliche Richtung nimmt, da kann die Aeusserungen derselben nur ein positives Gesetz hemmen, nimmermehr ein Gewohnheitsrecht, das ja offenbar nur aus entgegengesetzt vorherrschender Stimmung entstehen könnte; wie z. B. Niemand es glaublich finden wird, dass in Zeiten, wo die Blüthe der Nation das Duell als das höchste Ehrenvorrecht des Ehrenmannes ansah, ein auf Behinderung

der Duelle abzweckendes Gewohnheitsrecht hätte entstehen können. Viel glaublicher ist es, dass die Alten von folgender Ansicht ausgingen: so lange Unverdorbenheit der Sitten waltet, ist die Ehe wirkliche Gemeinschaft des Lebens und nichts unter den Ehegatten Sondergut. Es war demnach, so lange die Ehe bestand, die Schenkung, genau genommen, ein eben so bedeutungsloser und aller Wirkungen mangelnder Vorgang, als wenn nach der Verehelichung der Mann zum gewöhnlichen Tischgebrauch bestimmtes und vor der Ehe von ihm erkauftes Silberzeug an die Frau schenkt. Tritt das Bedürfniss ein, dasselbe zu verkaufen, so ist es ein gemeinschaftlich empfundenes, und der Verkauf wird erfolgen, die Frau oder der Mann sei Eigenthümer. Ausgezeichnet ist in Worten des Plutarch die fast witzige Schärfe, womit derselbe die nämliche Ansicht aufstellt. In cp. 7. der quaest. Roman. wirft er die Frage auf: warum es verboten sei, dass ein Gatte dem andern etwas schenke? und giebt mehrere hierauf dankbare Antworten; zuerst folgende: möglich sei es, dass man solche Schenkungen angesehen habe, wie Solon. Dieser nämlich habe verordnet, Schenkungen sollten mit des Schenkgebers Tode gültig werden, ausgenommen dieselben wären erzwungenerweise oder aus Willfährigkeit gegen das Eheweib gemacht worden. So habe Solon von den Motiven zu schenken den Zwang und die überlegungslose Zärtlichkeit (ηδονην παραλογιζομενην) ausschliessen wollen; vielleicht hätte von dem Lieben und Geliebtwerden aller Eigennutz sollen entfernt bleiben, oder, weil Frauen könnten durch Geschenke verlockt werden, sich anderen Männern zu ergeben, habe man beschenkte weibliche Zärtlichkeit für etwas auch in der Ehe Unsittliches betrachtet. Dann schliesst er so: wohl könne der Grund vorgewaltet haben,*) dass der Gatten und Gattinnen Güter für gemeinschaftliche gelten müssten; nothwendig aber gewöhne sich der Beschenkte, das Nichtgeschenkte für fremdes

*) Ἐ μαλλον οτι δει κοινα και γυναιζιν ἐιναι τα ἀνδρων και ανδρασι τα γυναικων; μανθανει γαρ ὁ λαβων το δοθεν, ἀλλοτριον ἡγειθαι το μη δοθεν· ὡστ ολιγον διδοντες αλληλοις. το παν αφαιρουνται.

Eigenthum anzusehen, so dass Gatten, indem sie gegenseitig sich ein Geringes schenkten, dadurch die Gesammtheit ihres Vermögens der Gemeinschaftlichkeit entzögen.

Ein Sittenzustand, in welchem solche Ansichten vorherrschten, machte die Schenkungen unter Gatten zu etwas jedenfalls so lange Nichtigem, als nicht durch Tod oder Scheidung die Ehe getrennt war. Da jedoch in älteren Zeiten die guten Sitten keine Scheidung zuliessen, so konnte nur durch des Schenkgebers früheres Ableben die Schenkung wichtig für den Beschenkten werden. Aber auch solchenfalls hätte sie die äussere Geltung nur dann erhalten können, wenn es möglich gewesen wäre, sie unter die Categorie letztwilliger Verordnungen zu stellen. Das aber ging nicht; denn wie das Geschäft der Intention nach ein Geschäft unter Lebendigen hatte sein sollen, so fehlte ihm auch jedes recipirte äussere Kennzeichen, das bei letztwilligen Verordnungen vorausgesetzt wird. Uebrigens finde ich schon in Heineccii antiqu. Rom. syntagma das Unpassende jener rechtshistorischen Ansichten ausgesprochen; m. s. ed. Haubold. 1822. pag. 419. not. l., wo zu l. 1. cit. gesagt wird: rationes alias suppeditant, l. 2. und 3. eod.: Sed nulla tamen genuina esse et ad prohibitionis hujus originem pertinere videtur. Schwerlich sind dagegen die übrigen ebendaselbst zu lesenden Bemerkungen richtig.*) Hier wird also von Heineccius die donatio inter virum et uxorem eben so für ein Nonens dem Rechtsbegriffe nach angesehen, als es ein nichtiger und also kein Erwerb des Titius wäre, das ihm bereits gehörige Geldstück aus der rechten in die linke Tasche gesteckt zu haben; moribus recipirtermaassen ungültig kann nur das sein, was dem Rechtsbegriffe nach gälte, wenn nicht die Sitte entgegen stünde. Auch v. S. Bd. IV. S. 166. n. a.

*) Vera causa ex principiis jurisprudentiae veteris derivanda, secundum quae vir et uxor pro una persona habebantur, non secus ac pater et filia familias. Quemadmodum ergo inter hos donatio non valebat, nisi pater donans in ea voluntate perseverans decessisset: ita non magis valida erat donatio inter virum et uxorem, quae in manum convenerat.

theilt diese Ueberzeugung, glaubt aber, der eigentliche Grund, wodurch die donatio inter virum et uxorem herbeigeführt worden sei, lässe sich nicht anders als im Zusammenhange des Eherechtes befriedigend darstellen. Jene altherkömmliche Praxis wurde unter Septimius Severus durch ein Sct. abgeändert, dem eine von des Kaisers Sohne Antoninus Caracalla im Senate gehaltene oratio vorherging. Da die Praxis, welche uns hinsichtlich der Schenkungen unter Gatten in den Pandecten vorliegt, ganz oder doch zum grössten Theile in jenem Senatsbeschlusse wurzelt, so leuchtet ein, wie wichtig es wäre, genau von dessen Inhalte unterrichtet zu sein. Hätte nun den Compilatoren von dem, was man historischen Zusammenhang, von etwas, das man im Allgemeinen Verständlichkeit und Zweckmässigkeit nennen könnte, ich will nicht sagen, ein Bewusstsein, sondern nur eine instinctmässige Ahnung beigewohnt, so würden sie, um etwas Besseres zu liefern als Noten ohne Text, nicht versäumt haben, das Sct. in die Pandecten aufzunehmen. Wäre dasselbe in keiner Schrift eines Juristen wiederholt gewesen und hätte es also sich zu keinem Excerpte aus einer solchen machen lassen, so konnte dem Mangel leichtlich durch eine Interpolation abgeholfen werden. Denn gewiss hatten Compilatoren, die einmal das Interpoliren nicht scheuten, Unrecht, es da zu vermeiden, wo es unerlasslich zum sicheren Verständnisse war. Aus der oratio sind uns zwei Stellen überliefert worden. Erstlich die in l. 3. pr. de donat int. vir. enthaltene. Haec ratio et Oratione Imperatoris nostri Antonini Augusti electa est, nam ita ait: Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Diese Bemerkung hält sich in dem nämlichen Maasse historischer Einsicht, die dem Ulpian und dem Sextus Caecilius eigen war. Denn auch Antoninus hat geglaubt, ein Gewohnheitsrecht könne sich mit berechnender Absichtlichkeit und im Gegensatze zu vorherrschend waltenden Sitten entwickeln. Jedoch, die an

sich werthlosen Worte sind von dem grössten Einflusse auf die Praxis gewesen. Darüber Folgendes: In allen Fragmenten des Titels nehmen wir das entschiedene Streben der Praxis wahr, dem Sct. alle nur ersinnliche Ausdehnung zu geben. Jedenfalls enthielt aber dieses weder in den ausdrücklichen Worten noch in deren anzunehmenden Sinne mehr als den Ausspruch: dass die Schenkungen unter Gatten zwar ungültig sein und bleiben, jedoch durch des Schenkgebers Ableben vor dem des Beschenkten sollten gültig werden. Somit wäre das Aeusserste, was die interpretatio juris hätte thun können, immer nur gewesen, überhaupt auf donationis causa erfolgte Geschäfte, wenn sie auch keine eigentlichen donationes, d. h. keine Sachen donationis causa übergeben waren, das Sct. anzuwenden, sollte dasselbe auch nur eigentliche donationes und ausserdem nur dies oder jenes einzelne donationis causa erfolgte Geschäft, z. B. Stipulation und Acceptilation umfasst haben. Allein die unwahren, offenbar nur als oratorische Ausschmückung des Gesetzvorschlages und somit als eine blosse Zufälligkeit zu betrachtenden Worte mussten dienen, eine Menge Schenkungen, die nach älterem Rechte ungültig gewesen wären und auch nach dem Sct. erst durch einen Todesfall hätten gültig werden können, zu von Haus aus vollgültigen Schenkungen zu machen; dies, indem man also raisonnirte: das Sct. prädicirt die Ungültigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten als ein Mittel, zu verhindern, ne melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret; also bedarf da, wo durch die Schenkung der Schenkgeber nicht ärmer oder der Beschenkte nicht reicher geworden ist, dieselbe nicht erst noch des Ablebens des Schenkgebers, um gültig zu werden, denn es fällt der (wohl zu merken, von der oratio irrigerweise angenommene) Grund des Verbotes hinweg. Während hiernächst dem schlichten Menschenverstande schwer einleuchtet, wie ein Schenken ohne gegenseitiges Aermer- und Reicherwerden denkbar sei, wusste demohngeachtet die Praxis in hundert Fällen sehr wohl mit dem als Norm bestehenden Verbote durch jenes Raisonnement fertig zu werden. Nicht ärmer z. B., nahm

man an, sei der Schenkgeber geworden, der die Schenkung nicht von dem Capitalvermögen, sondern von Revenüen desselben gemacht habe*), und nicht reicher der Empfänger, der noch bei des Schenkgebers Lebzeiten das Erhaltene auf nichtswürdige Weise durchgebracht hat**). Ferner: sollte verhindert werden, dass Schenkungen das Mittel würden, wodurch bei des einen Gatten Lebzeiten der andere sich auf unlöbliche Weise bereichern könnte, so war die Unterscheidung zwischen dem adquirere und dem de patrimonio diminuere gewiss nicht am Platze.***). Da man demohngeachtet also unterschied, so kann dies nur geschehen sein, weil es Tendenz und gleichsam Princip war, das Verbot der donat. inter virum et uxorem möglichst zu beseitigen. Das Nämliche gilt von §. 15. l. cit.†). Hätte nicht jenes Verbot vor-

*) M. s. l. 17. pr. und §. 1. De fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum, quae donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant. Et Julius significat, fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem.

**) M. s. l. 31. §. 9. Non videtur locupletior facta esse mulier, si aut in opsonio, aut in unguentis, aut in cibariis familiae donatam sibi pecuniam impenderit.

***) l. 5. §. 13. und 14. eod. Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Julianus scripsit libro septimo decimo Digestorum, donationem valere, neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri protest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura.

§. 14. Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis, valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas, eam heredem institutam.

†) Si quis rogatus sit praecepta certa quantitate uxori suae hereditatem restituere, et in sine deductione restituerit, Celsus libro decimo Digestorum scripsit, magis pleniore officio fidei praestandae functum maritum, quam donasse videri; et rectam rationem huic sententiae Celsus adjecit, quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quam donant, nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt voluntatem defuncti secuti; nec immerito saepe credimus aliquid defunctum voluisse, et tamen non rogasse. Quae sententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta quarta rogatus

gewaltet, so würde man in Fällen der in §. cit. bemerkten Art unterschieden haben, aus welcher Absicht der Mann den ererbten Nachlass vollständig ausgeantwortet habe, ob er es gethan habe donandi causa oder ut pleniore officio fidei praestandae fungeretur. Statt dessen setzte man unbedingt letztere Absicht voraus.

Wie den späteren Röm. Sitten, so sagt es auch uns nicht zu, Schenkungen unter Eheleuten anders als andere Schenkungen beurtheilt zu sehen. Das unzusagende Verbot war erträglich, so lange eine widerstrebende Praxis es fort und fort zu durchlöchern vermochte. Allein in und mit der Pandectencompilation ist diese Praxis zu einer erstarrten Masse geworden und so in Hinsicht auf donat. inter v. et uxor. die den Pandecten als einem Gesetzbuche beiwohnende Trefflichkeit sehr ähnlich dem Anblicke eines mitten in dem Auflösungsprozesse hart und steif gefrorenen Körpers. Ist es nicht der Natur der Sache nach schlechthin unmöglich, dass ein völlig anomaler Rechtszustand, ein solches Missverhältniss zwischen einer Rechtsnorm und einer Praxis, welche keine andere als die Tendenz hat, die Norm zu vernichten, in irgend einer Form der Darstellung Bestandtheil einer Gesetzgebung sein könne?

Ich wende mich zu der andern aus der oratio des Antoninus in l. 32. §. 2. eod. enthaltenen Stelle.

Ait Oratio: fas esse, eum quidem, qui donavit poenitere; heredem vero e r i p e r e forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse.

Diese Worte können nur eine oratorische Empfehlung des abzufassenden Beschlusses, unmöglich so in den Sct. aufgenommen gewesen sein. Denn als gesetzlicher Ausspruch blieben sie zu weit hinter der Präcision zurück, wodurch sich jene Zeit noch in allen urkundlichen Reden auszeichnete. Die Worte: ne heres *forsitan* adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit *eriperet*, lassen sich

restituere, et tamen integram fidem praestitit omisso Senatusconsulti commodo; hic enim vere fidem exsolvit voluntatem testatoris obsecutus. Hoc ita, si non per errorem calculi fecit; ceterum indebiti fideicommissi esse repetitionem, nulla dubitatio est.

nur hinsichtlich des *forsitan* auf einen bestimmten Sinn, und zwar auf den zurückführen, der Erbe solle nichts eripere, ohne dass es gewiss sei, der Schenkgeber habe seine Meinung vor dem Ableben geändert. Allein das eripere, hier in keinem den Sinn näher bestimmenden Zusammenhange gebraucht, ist ein vieldeutiges und somit dasjenige, was nun eigentlich sollte verhindert werden, ungewiss lassendes Wort. Erepturus in engerer Bedeutung ist der Erbe allerdings nur dann, wenn er auf Herausgabe einer von dem Erblasser dem hinterbliebenen Gatten schenkungsweise übergebenen Sache klagt, in weiterer Bedeutung ist er es aber auch dann, wenn er die Schuld einklagen will, die der Erblasser donationis causa mittelst Acceptilation für getilgt angesehen hat, ja auch dann, wenn er, belangt aus der Stipulation, laut welcher der Erblasser etwas zu geben donationis causa versprochen hatte, dem Kläger den Einwand entgegenstellt, eben um dieser causa willen sei die Stipulation null und nichtig; denn mit diesem Einwande beabsichtiget er nichts anderes, als den Kläger um das Object der Stipulation, also um eine Sache zu bringen. (est erepturus aliquid).

Ohngeachtet dieser Ungewissheit über die Ausdehnung, in welcher das Sct. Schenkungen unter Ehegatten durch das Ableben des Schenkgebers liess gültig werden, vermögen wir uns dennoch aus den Fragmenten in den Pandecten denjenigen Umfang zu reconstruiren, in welchem unter der angegebenen Bedingung die für uns zum Gesetz gewordene Praxis die Gültigkeit solcher Schenkungen eintreten liess, und es lässt diese Praxis sich also wiedergeben:

1. Der Beschenkte wird, hat vor dem Ableben der Schenkgeber nicht seinen Willen wiederrufen, eben so wie jeder andere Beschenkte beurtheilt.

2. Die Gültigkeit jeder Schenkung beruht darauf, dass der Schenkgeber oder dessen Erbe nicht als ungeschehen dasjenige prädiciren darf, was in Folge des animo donandi ein Anderer in Gestalt einer Sache oder einer Forderung, oder in Gestalt einer Liberation von dem Erblasser erworben

hat, keine in solcher Absicht erfolgte Uebergabe oder erklärte Befreiung des Schuldners, keine Stipulation, die animo donandi erfolgt ist. Dagegen giebt es keine Klage, in welcher des Gegners animus donandi einen schlüssigen Klagegrund bildete; denn wird aus einer donandi animo vollzogenen Stipulation auf Erfüllung geklagt, so bildet die Form des Geschäftes, nicht das Motiv desselben den Klagegrund. Daraus folgt

3. dass, wenn die Ehegatten donandi animo eine Societät geschlossen, d. h. ausgemacht haben, dem einen Theile solle der Gewinn allein oder ein unstatthaftes Uebermaass desselben verbleiben, der Ueberlebende nicht gegen den Erben auf entsprechende Zahlung klagen kann. Denn aus einem Geschäfte, das keine Societät ist, lässt sich nicht pro socio klagen und des Mitcontrahenten animus donandi giebt keinen Klagegrund ab; jedoch, was bei des Schenkgebers Lebzeiten in Folge einer solchen Nichtsocietät im gemeinsamen Besitze beider Theile gewesen und bis zu des Schenkgebers Ableben geblieben ist, das verbleibt antheilig dem Beschenkten auch fernerhin; denn der Erbe hat kein Recht, das Geschehene zu retrotractiren. Ferner: wenn ein Kauf donandi animo ist geschlossen worden, so kann der Käufer nicht auf Uebergabe der Sache klagen; denn ein Verkauf ohne dagegen bedungenen Preis ist kein Verkauf. Also kann auch der Abkäufer nicht ex emto klagen und den animus donandi kann er ebenfalls nicht zu dem Grunde einer auf Erfüllung gerichteten Klage machen.

l. 32. §. 24. und 25. eod. Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgato nulla est, nec post decretum Senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit; quae tamen in commune tenuerunt, fine praestituto revocanda non sunt. Idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros, et propter hoc nec inter virum et uxorem. §. 25. Idem erit dicendum, et si emtio contracta sit donationis causa, nam nulla erit.

Gesetzt aber

4. das Haus, das der Ehemann keinem Fremden unter 1000 Thlr. verkauft hätte, verkauft er donandi animo der Ehefrau um 600 Thlr. und verstirbt dann. Hier kann die Frau auf Uebergabe gegen Zahlung von 600 Thlr. klagen. Denn auf der Grösse des Preises beruht kein wesentliches Kennzeichen des Kaufes. Also ist die Klage ex emto möglich, und so wenig der Erbe, wäre die Sache bei Lebzeiten des Mannes übergeben und nicht gezahlt worden, auf mehr als 600 Thaler klagen könnte, eben so wenig darf er nach des Mannes Tode diese Klage in exceptivischer Form vorbringen. Daraus folgt denn auch, dass, wenn der Mann für 1000 Thlr. verkauft, übergeben und donandi animo den Preis der Ehefrau innegelassen hat, sein Erbe nicht auf die 1000 Thlr. klagen kann; denn dieser hat kein Recht, durch irgend eine Klage den donandi animo factisch eingetretenen Zustand aufzuheben.

§. 26. ibid. Plane si minoris res venierit donationis causa, vel postea pretium sit remissum, admittemus, donationem valere ad Senatusconsultum.

Da der überlebende Gatte, der von dem früher verstorbenen war beschenkt worden, anderen Schenknehmern sollte g l e i c h gestellt, nicht aber in Vergleich mit anderen bevorrechtiget werden, so konnte natürlich auch der überlebende Ehegatte nicht gegen den Erben des Verstorbenen auf Erfüllung eines pacti donationis klagen; denn das Recht der Pandecten kennt überhaupt keine Klage aus einem pacto donationis, wogegen bekanntlich aus einer donandi animo erfolgten stipulatio konnte geklagt werden; dies um deswillen, weil nicht das der Stipulation gemäss zu Gebende als Geschenk angesehen wurde, sondern das Recht, auf dies Geben aus einem Contracte zu klagen, der auf einer blos formellen causa beruhte, die alle und jede Frage nach den Motiven der Zusage ausschloss. Ob aber unter Eheleuten der Schenkungen Convalesciren durch des Schenkgebers Ableben auch auf stipulationes donandi causa factas Anwendung verstatte, das ist eine Streitfrage*), über die man auf

*) Die Litteratur ist nachgewiesen bei v. S. Bd. 4. S. 184. n. a.

merkwürdig seltsame Weise die längste Zeit hin und her gesprochen hat, was unmöglich gewesen wäre, wenn uns Justinian das Sct. selbst erhalten hätte; denn wie wir gar nicht aus dem Verbot des eripere zu entnehmen vermögen, ob des Schenkgebers Erbe nur unbefugt sein solle, die donationis causa übergebene Sache zurückzufordern oder auch unbefugt die Erfüllung der donat. c. erfolgten Stipulation zu verweigern, ist bereits gesagt worden. Dass die Praxis die Anwendung des Scts. auch auf Stipulationen bezog, das liegt evident vor in den unten zu lesenden Stellen l. 3. §. 10.*), l. 32. §. 1. **) §. 23.***) in den vorstehend zu lesenden §. 24. und 25. des nämlichen Gesetzes und endlich in l. 33.†). Durchaus stimme ich demjenigen bei, was in Verbindung mit l. 32. §. 1. und 23. und insonderheit zu den Worten: et generaliter universae donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt, v. S.

*) Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quidquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet; ipso enim jure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.

**) Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso jure res fiant ejus, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis, et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit; cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est.

***) Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici, donationem effectum habituram, utputa uxori acceptum tulit donationis causa, quod debeat, potest dici, pendere acceptilationem non ipsam, sed effectum ejus; et generaliter universae donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.

†) Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest. Sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, quto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulationem confirmari ex Senatusconsulto. §. 1. Si uxor marito annuum versa vice praestiterit, restituetur ei hoc, et poterit vindicare id, quod extat; credo, poterit et condicere, in quantum locupletiori factus est, quia non tam solenne est annuum, quod maritus uxori pendit, et quod uxor marito praestat, imo incongruens est et contra sexus naturam. §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex Oratione donationem convalescere.

Bd. 4. S. 185. und 186. sagt*). Eine weitere Belegstelle findet er am a. O. in l. 2. C. de dote cauta non numerata. (5. 15.) Wo soll nun aber etwas stehen, das den S. 129. abgedruckten Stellen widerspräche? In l. 23. des allegirten Titels, ebenfalls einem Fragmente des Ulpian, entnommen dessen 6. Buche ad Sabinum. — Papinianus recte putabat, Orationem Divi severi ad rerum donationem pertinere; denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.

Man hat diese Stelle also interpretirt: nicht eine, sondern zwei Meinungen des Papinian sind hier referirt, erstlich die: orationem ad rerum donationem pertinere,

*) Dieses Letzte sagt derselbe Ulpian, welcher kurz zuvor in demselben Werke gesagt hatte, unter Ehegatten seien alle Schenkungen nichtig, sie möchten durch Traditionen versucht sein, oder durch Stipulationen, oder durch Acceptilationen; durch diese kurz vorhergehende Stelle erhalten die Worte: universae donationes quas impediri diximus ihren unzweifelhaften Sinn. — Unmittelbar auf die zulezt angeführte Stelle folgt die Erwähnung der societas und der emtio donationis causa contracta; hier, heisst es, hindere meist schon die Natur der Societät oder des Kaufes die Gültigkeit des Geschäftes, ohne Rücksicht auf die Ehe, und dagegen könne auch der Senatsschluss nicht schützen; wo aber jener allgemeinere Grund nicht im Wege stehe, da wirke allerdings auch der Senatsschluss bestätigend ein. Hierin liegt ein entscheidender Beweis, dass der Senatsschluss an sich auf obligatorische Verträge eben so anwendbar war, als auf Traditionen. In der folgenden Stelle macht Ulpian eine Anwendung dieser Regeln auf den besonderen Fall, wenn der Mann seiner Frau ein Jahrgeld durch Stipulation verspreche, oder umgekehrt die Frau dem Manne. Auch diese Schenkung, sagt er, wird durch den Senatsschluss bestätiget. Durch diese Anwendung werden die vorher angeführten allgemeinen Aussprüche nur noch unzweifelhafter gemacht. Die Gegner der allgemeinen Anwendung haben oft seltsamer Weise die letzte Stelle als das einzige vorhandene Zeugniss angesehen, und nun die willkührlichsten Behauptungen aufgestellt, um zu erklären, warum gerade die Stipulation eines Jahrgeldes ein ganz besonderes Recht haben müsse. Hätten sie den hier dargestellten inneren Zusammenhang beider Stellen des Ulpian erwogen, so würde ihnen die Fruchtlosigkeit dieser ihrer Bemühungen nicht entgangen sein, da selbst die gelungenste Beseitigung der l. 33. cit. ihre Meinung um Nichts weiter bringen konnte.

und dann die: si maritus stipulanti spopondit uxori suae, non potest heres mariti conveniri, licet durante voluntate maritus decesserit. Beide Meinungen macht Ulpian durch das recte im Eingange der Stelle zu der seinigen, und somit ist der Widerspruch mit den oben citirten Stellen sonnenklar. Allein welcher Unbefangene vermag diesen Anstoss zu nehmen, sobald er die Worte genau erwägt? Zuerst referirt Ulpian des Papinian Meinung, das Sct. beziehe sich auf rerum donationes; er stimmt dieser Meinung bei und somit wird sich wohl auch das Sct. nur auf rerum donationes bezogen haben. Nun folgen die weiter berichtenden, mit denique anhebenden Worte. Was kann denique in diesem Zusammenhange heissen? Gewiss nicht endlich; denn da müsste mehr als ein Satz vorhergegangen sein. Denique hat hier die Bestimmung, die zweite Meinung als eine solche zu bezeichnen, die Papinian als eine Folgerung aus der ersten aufgestellt habe, und darum muss denique hier durch also übersetzt werden. Kommt denique in dieser Bedeutung bei den classischen Juristen vor?*) Allerdings, wie sich das aus folgenden Stellen ergiebt.

In l. 6. §. 1. de postulando (3. 1.) wird ein Verzeichniss derjenigen gegeben, welche in Hinsicht auf irgend eine Art erlittener Schmach a postulando removeri debent. Diess soll gelten von Jedem, welcher freiwillig muliebria passus, capitis oder calumniae in publico judicio damnatus est, qui operas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit. Dann, heisst es weiter: quodsi depugnaverit, quum non locasset operas suas, non tenebitur, non enim qui cum bestiis depugnavit tenebitur, sed qui operas suas in hoc locavit. Hieran schliessen die Worte: denique eos qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt sine mer-

*) Dabei zu verweilen ist nicht unwichtig. Denn obschon auch Brissonius bereits anerkannt hat, denique heisse bisweilen so viel als proinde, so behauptet er doch auch von allen oder doch der Mehrzahl der nachstehend aufgeführten Stellen, in selbigen sei denique für certe plane und zwar eleganter gesetzt. Ersteres ist nicht wahr, und wäre es wahr, so sähe man nicht, worin die Eleganz dieses Sprachgebrauches läge.

cede, non teneri ajunt veteres. Da nicht eine einzige Meinung der veterum vorher ist referirt worden, so kann man hier nicht anders übersetzen, als: weil das bezahlte Kämpfen mit wilden Thieren infamirt, so meinten die Alten, nicht infamire es, wenn es blos zur Bethätigung des Muthes erfolgt sei*).

Ferner bezeichnet denique die Conclusion aus einem vorausgegangenen Satze in l. 17. pr. de negot. gest. (3.5.)**)

Da ein Herr kein Klagerecht gegen seinen Sclaven erwerben kann, so hat er mandati oder negotiorum gestorum actionem auch dann nicht gegen den Sclaven, wenn nach der negotiorum gestio oder Vollführung des Mandats der Sclave ist manumittirt worden. Anders wäre es zu halten, wenn sowohl vor als nach der Freilassung der Sclave Geschäfte des Herrn verwaltet hat, und zwar in solcher Maasse, dass die Rechnungsablegung über die Verwaltung während der späteren Zeit sich nicht von der Rechnungsablegung über die Verwaltung während der früheren sondern lässt. Nachdem Ulpian dies in l. cit. ausgesprochen hat, fährt er fort, denique si tempore etc. Einen zu dem Vorhergehenden passenden Sinn enthalten diese Worte nur dann, wenn man sie also übersetzt: daraus folgt, falls vor der Freilassung der Sclave auf dem

*) M. s. auch l. 40. pr. de procurat. (3. 3.) Pomponius scribit, non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere. Denique ut liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare ait, nisi, ut Julianus ait, causa cognita, id est, si et nominatim ei mandatum sit, et pater valetudine vel alia justa causa impediatur. Hier hat das denique eine verwandte Bedeutung; der Satz, welcher hier den Ausspruch des Pomponius anschliesst, soll durch denique die logische Basis in den vorhergehenden Worten finden.

**) Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere. Plane si quid connexum fuit, ut separari ratio ejus, quod in servitute gestum est, ab eo, quod in libertate gessit, non possit, constat venire in judicium vel mandati, vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est. Denique si tempore servitutis aream emerit et in ea insulam aedificaverit, eaque corruerit, deinde manumissus fundum locaverit, sola locatio fundorum in judicio negotiorum gestorum deducitur; quia ex superioris temporis administratione nihil amplius judicio deduci potest, quam id, sine quo ratio libertatis tempore administratorum negotiorum expediri non potest.

Grund und Boden des Herrn ein Gebäude aufgeführt hat und dies eingestürzt ist, nach der Freilassung aber derselbe Sclave den Grund und Boden verpachtet hat, von ihm Rechnung nur über die Verpachtung abzulegen ist; denn der Bau und der Pacht bilden verschiedene Rechnungsobjecte. Wie, ferner, könnte man l. 1. de communi dividundo (10. 3.): communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem. D e n i q u e cessat communi dividundo judicium, si res communis non sit, anders verstehen als so: das communi dividundo judicium hat die divisio rerum communium zum Zweck, findet also nicht statt, wo es keine res communis giebt.

Das Nämliche endlich gilt von l. 7. §. ult. de curat. furioso etc. (27. 10.)*). Die Worte ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire; d e n i q u e si praesens sit, et vetet solvi, vetet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emtor usucapiet, verstatten keine andere als folgende Uebersetzung: die Anwesenheit eines einzigen der Curatoren reicht aus, weil die Zustimmung des Mitcurators vorausgesetzt wird; d a r u m wird der Schuldner nicht liberirt, kommt der Käufer nicht in conditionem usucapiendi, wenn der Mitcurator ebenfalls anwesend ist und der Zahlung oder der Uebergabe widerspricht; denn es versteht sich, dass man nichts voraussetzen kann, dem ein Hergang thatsächlich widerspricht.

Schlüsslich l. 10. pr. de usu et habitatione. (7. 8.) Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consentit libro octavo decimo Quaestionum. D e n i q u e donare non poterit, sed eas

*) Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvatur, vel an unus rem furiosi alienare possit; respondi, recte solvi; eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi legitime mercaretur, usucapturum, quia solutio, venditio, traditio facti magis, quam juris sunt. Ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire; denique si praesens sit, et vetet solvi, vetet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emtor usucapiet.

personas recipiet, quas et usuarius ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione. Unmöglich lässt sich hier denique in einem anderen als in dem Sinne von exinde auffassen: weil es den Wirkungen nach einerlei ist, ob Jemand habitationem oder usum aedium hat vermacht bekommen, so kann ein Legatar, dem die habitatio legirt ist, sie nicht schenkungsweise anderen Personen überlassen, sondern nur solche Personen in den Gebäuden aufnehmen, die auch ein usuarius aedium in selbigen beherbergen dürfte.

Nach diesen Bemerkungnn über die Bedeutung des denique übersetze ich l. 23. cit. also: „Recht hatte Papinian zu behaupten, das Sct. beziehe sich auf geschenkte Sachen; darum behauptete er weiter, hieraus zog er den Schluss, selbst aus der bei des Mannes Lebzeiten unwiderrufen gebliebenen Sponsion desselben könne die Frau nicht dessen Erben belangen."

Ein himmelweiter Unterschied ist es aber, ob ich eine Prämisse oder auch die daraus gezogene Folgerung zugebe. Die Folgerung hat Ulpian nicht zugegeben; davon steht keine Silbe in l. 23. cit. und alle übrige oben citirte Fragmente des Ulpian besagen geradezu das Gegentheil. Papinians Folgerung lernen wir nur aus verbis relativis kennen, die kein anderes Fragment in dispositiver Form vorträgt. Darf es uns ferner überraschen, wenn Ulpian und andere Juristen thatsächlich das Sct., das sich nur auf res donatas bezog, als auch auf Stipulationen anwendbar behandelten, obschon sie überzeugt waren, dies laufe den Worten des Scts. entgegen? Hat nicht die röm. Praxis es sich durchgehend zum Geschäfte gemacht, engergezogene Rechtsnormen auf erweiterte Rechtsbedürfnisse anzuwenden, und verehren wir sie nicht eben um dieser Perfectibilität willen? Haben wir nicht gesehen, dass gerade bei Schenkungen unter Gatten die Praxis sich freieste Bahn gebrochen hat, indem das Sct. sogar zu einem Mittel werden musste, Schenkungen unter Gatten in Folge ziemlich erzwungener Voraussetzungen zu von Haus aus gültigen zu machen, die gar nicht erst des Schenkgebers Ableben zur Convalescenz bedurften? Die lex Aquilia

finden wir angewendet in unzähligen Fällen, in denen jeder Jurist jedem anderen würde zugegeben haben, verba legis non pertinere ad speciem propositam? v. S. hat demnach, täuscht mich nicht Alles, Unrecht, hier einen Widerspruch anzunehmen, der uns nöthigen könnte, den Knoten zu durchhauen, „weil (S. 192.) ein praktisches Resultat unentbehrlich sei", für das die Praxis übrigens längst gesorgt hat, indem, wie v. S. S. 193. selbst sagt, die praktischen Schriftsteller ganz entschieden für die unbeschränkteste Anwendung des Scts. sind. Hier nun aber drängt sich die Frage auf, ob die praktischen Schriftsteller zu diesem Resultate durch ihre, den theoretischen Rechtslehrern überlegene, richtige Auffassung der Quellen gelangt sind? Keineswegs, sondern durch ein eigenthümliches, eben so verworrenes als, wollte man es consequent durchführen, nach allen Seiten hin alles zu verwirren drohendes Verfahren. Sie haben sich nämlich auf Nov. 162. cp. 2. bezogen, wo allerdings ausgesprochen ist, das p a c t u m donationis, durch welches eine Frau etwas bei des Mannes Lebzeiten von diesem ohne erfolgte Uebergabe war zugesagt worden, solle durch des Mannes Ableben gültig und die Frau berechtiget werden, daraus gegen den Erben auf Uebergabe zu klagen. Da nun aber jene Novelle nicht glossirt ist, so haben sie einen unglossirten Text zu einem gesetzlich geltenden gemacht. Was wird da aus dem „quem textum glossa non agnoscit, eum nec agnoscit forum"? v. S. will diese Frage S. 193. mit der Bemerkung niederschlagen, „gewiss hätten die Praktiker sich nicht s o auf die Novelle bezogen, als ob sie überhaupt den unglossirten Novellen Gesetzeskraft beilegen wollten, sondern weil bei einer zweifelhaften Vereinigung einander widersprechender Stellen der Digesten jene Autorität g r o s s e B e a c h t u n g verdiene." Soll ich mit der „grossen Beachtung", die in solchen Fällen unglossirte Novellen verdienen, einen bestimmten Begriff verbinden, so muss ich mir die angezogenen Worte in die Regel übersetzen: unglossirte Novellen sind als bei uns geltende Gesetze dann anzusehen, wenn sie einen Widerspruch in den Pandecten heben. Damit wäre aber

der Regel: quem textum etc. eine Ausnahme beigegeben, deren Umfang sich gar nicht ermessen lässt; denn sobald eine unglossirte Novelle den Pandecten widerspricht, lässt sich fragen, ob nicht schon in den Pandecten der Widerspruch vorkomme und die Novelle ihn zu beseitigen sei bestimmt gewesen? und welche Widersprüche lassen sich nicht in die Pandecten hinein interpretiren, wenn wir nicht einmal vollkommen fähig sind, in einander nicht widersprechenden Stellen die Widerspruchslosigkeit durch Interpretation zu entdecken? Ferner fasst v. S., um Justinian bei Ehren zu erhalten, der sicherlich den durch l. 23. cit. entstandenen Zweifel durch die Novelle habe entfernen wollen, den Sinn derselben unverkennbar falsch auf.*) Darüber Folgendes:

Wie stand es vor der Novelle um die Schenkungen unter Ehegatten und das Convalesciren solcher Schenkungen?

1. Das Pandektenrecht, das von einem pacto donationis nichts wusste, lies durch des Versprechenden Ableben die stipulatio donationis causa facta convalesciren.

2. Nun war später von Justinian verordnet worden;

*) M. s. Bd. 4. S. 192. u. 193. Zu diesem Allen (was auf das Verständniss der l. 23. cit. sich bezieht) kommt nun noch ein merkwürdiger Umstand hinzu, den beide Partheien für sich zu benutzen versucht haben. Schon unter Justinians Regierung war es zweifelhaft geworden, ob auch die auf obligatorischen Verträgen beruhenden Schenkungen durch den Tod bestätigt werden möchten, und er selbst bejahte diese Frage in der Novelle 162. Sicherlich war der Zweifel entstanden eben aus der l. 23. cit.; denn die Juristen jener Zeit hatten ja dieselben Digesten, wie wir, als Gesetzbuch vor sich. Man könnte glauben, dadurch sei aller Streit geschlichtet, allein unglücklicherweise ist jene Novelle unglossirt. Nun sagen die Gegner, da Justinian nöthig gefunden habe, dieses durch ein neues Gesetz einzuführen, so sei das gerade ein Zeichen, dass bis dahin, also nach unseren Digesten, das entgegengesetzte Recht gegolten haben müsse. Dieses würde richtig sein, wenn jene Novelle als neues Gesetz aufträte. Allein Justinian will darin blos belehren, er argumentirt blos aus den schon bestehenden Gesetzen, und so ist die Novelle ganz entscheidend für die hier vertheidigte Meinung, zwar nicht als Gesetz (da sie nicht glossirt ist), wohl aber als die vollwichtigste Autorität.

dass einfach, ohne Stipulation, donationis causa erfolgte Versprechen, eine Sache zu übergeben solle gültig und daraus die Klage auf Erfüllung zulässig sein.

3. War ein solches pactum donationis unter Ehegatten erfolgt, so war es ungültig. Der allgemeine Grundsatz: donatio non valet inter virum et uxorem musste, eben weil er ein allgemeiner war, auch auf die in unfeierlicher Form errichteten Schenkungen angewendet werden, sobald auch dergleichen Schenkungen den in Form der Stipulation zugesagten gleichgestellt waren.

4. Nun fragte es sich: wird ein solches pactum donationis, wenn es ungültig aus dem besonderen Grunde ist, weil es unter Eheleuten Platz ergriffen hat, durch des Versprechenden Ableben gültig, sobald kein Widerruf erfolgt ist?

Diese Frage trat ein, denn das Pandektenrecht sprach nicht von p a c t i s donandi, sondern s t i p u l a t i o n i b u s donandi causa factis.

5. In Novelle 162. bestimmt Justinian, es solle das p a c t u m donationis convalesciren gleich der donandi animo ausgesprochenen s p o n s i o; nur mit dem Unterschiede, dass letzteren Falles, gemäss dem schon bestehenden Rechte, ex stipulatu, ersterenfalles per ex lege condictitiam solle gegen den Erben geklagt werden. Somit wird s c h l e c h t e r d i n g s n i c h t s über stipulatio d. c. facta verordnet.

Als Sachkundiger wird v. S. nicht umhin können, die Wahrheit der Bemerkungen unter 1. bis 4. zuzugestehen. Ueber die 5. wird jeder Sprachkundige mit mir einverstanden sein.

Ἐπυϑετο ἡμων ἡ ση ἐνδοξοτης περι τινων ἀμιφιςβητουμενων παρα των ἐλλογιμωτατων της παρα Ιλλυριοις ἀγορας της δικης ἀγωνιστων, ἁπερ ἐφησας της ἡμετερας διακρισεως δεισϑαι, ὡστε μη διηνεκως στασιαζεσϑαι.

Το τοινυν πρωτον κεφαλαιον τοιουτον ην· γυνη τις ἐπι τοις παρα του συνοικησαντος δορηϑεισιν αὐτη πραγμασιν, οὐ μεν παραδεδομενοις, ἠβουλετο τελευτησαντος του ἀνδρος και ἡσυχιαν αγαγοντος επι τη δωρεᾳ, τα πραγματα διοικειν, ὡς κυρια τουτων τη τε δωρεᾳ τη τε σιωπη του ανδρος γενομενη. ἀντετιϑετο παρα των κατεχοντων, παραγραφην αὐτην μονην ἐχειν ἐναγομενην, εἰ κατεχοι, οὐ μην και παρα ἑτερον δυνασϑαι ταυτα ἐκδικειν· το μεν οὐν αμφισ-

βητηθεν τοιουτον ην· ἡμεις δε ἀνεμνησθημεν διαταξεως ἡ μετερας, λεγουσης, το δορησαμενον, εἰ και μη ἐπερωτηθη την παραδοσιν, ἀναγκην ἐχειν παραδιδοναι το δωρηθεν. ου γαρ ἐπ εἰ ἐξαπατη, οὐτ' ἱνα γραμματα εἰη γυμνα, το γινομενον προςηκει πραττεςθαι το συμβολαιον. προσενενοησαμεν δε και την του Σεντιου νομου του παλαιου νοθωμεσιαν, ὁν εὐ ποιουσα της οἰκειας νομοθεσιας ἀπεπεμψατο προφην ἡ πολιτεια, τοιαυτα νομοθετουντα, ὁποια κατα το παρον ἠμφισβητηται. Και θεσπιζομεν, εἰ, κατα το ἐμπροσθεν ἡμιν εἰρημένονι τελειως ἁπαντα σχοιη τα της τοιαυτης δωρεας, κατα τε το μετρον κατα τε την εμφανειαν, ἐρρωσθαι ταυτην ἐκ τροπου παντος, τη του ἀνδρος σιωπη εὐθυς ἐξ αρχης, κατα την ἡμετεραν διαταξιν, ἐξ ὁυ γεγονεν, ὡστε κἀν ει μετα ταυτα ὁ ἀνηρ εἰς ὑποθηκην δοιη το πράγμα, ἡ εις ἐνεχυρον παρασχοι ἀλλ' οὐ προεκπεποιηκεναι δοκειν τον γε μεχρι περιην ἡσυχασαντα, και την παραδοσιν, εἰτε γεγονε, διδοναι αὐτη παραγραφην· εἰτε οὐ γεγονε, παρεχειν καὶ ἀπαιτησιν, εἰ μεν ἐπερωτησις γενοιτο, δια της εξ stipulatu, ἐι δε μη τουτο, δια του ex lege condicditiov, ὡστε παραλαβειν το δεδωρημενον.

Nun aber noch eine Wahrnehmung, durch welche der Theoretiker und Praktiker Verkehren mit den vorstehend citirten Gesetzstellen sich nicht nur anderweit als ungenau und der wünschenswerthen Schärfe des Urtheils entbehrend, sondern auch als schädlich auf den heutigen Rechtszustand einwirkend darstellt. Dies zu beweisen Folgendes: Den Satz des älteren Röm. Rechtes: Niemand kann auf Erfüllung klagen, dem nichts geschenkt, sondern nur ein Geschenk in unfeierlichen Worten, ohne Beobachtung einer desfalls bestimmt vorgeschriebenen Form ist zugesagt worden, halte ich für einen praktisch so heilsamen, dass jede Gesetzgebung ihn adoptiren sollte. Denn wer den Willen zu schenken ernstlich hat, der wird die Beobachtung der vorgeschriebenen Form nicht scheuen, und scheuet er sie, so ist dies Beweises genug, dass sein Wille zu schenken schwerlich ein ganz ernstlich gemeinter gewesen sei. Leidige und chicaneuse Prozesse, die nur dadurch möglich wurden, weil Justinian jedes auch unfeierliche Schenkungsversprechen klagbar sein liess, werden der Erinnerung jedes Praktikers vorschweben. Das lässt sich nun freilich nicht ändern, so lange in und

mit dem Röm. Recht auch Justinians Weisheit Gesetz bleibt. Allein wenigstens unter Eheleuten könnte für den Ueberlebenden kein pactum donationis convalesciren, wenn man streng theoretisch also gesagt hätte: die unglossirte Novelle 162. existirt für uns nicht. Demnach steht in dem Röm. Recht nur soviel, dass Stipulationen convalesciren. Stipulationen kennen wir aber nicht, also schliesst unser geltendes Röm. Recht die Convalescenz von Schenkungsversprechen aus. Wollte man einwenden, Verträge wären bei uns an Stelle der Stipulationen, und also auch in der angegebenen Beziehung getreten, so beweist man wenig Gründlichkeit. Das Sct. macht von der Regel: donationes inter virum et uxorem non valent, eine Ausnahme in Hinsicht auf stipulationes donandi causa factas, eine antiquirte Gattung des genus Verträge. Ist man aber wohl berechtiget, eine Ausnahme, die für eine antiquirte Gattung gelten sollte, um deswillen, weil diese Gattung antiquirt ist, auf das genus zu übertragen? Gewiss nicht. Auch nicht einmal zu entschuldigen ist das entgegengesetzte Verfahren. Denn die Ausnahme, die das Pandektenrecht hinsichtlich der Stipulationen macht, ist vernünftig, nicht aber die Ausnahme in Beziehung auf den unfeierlichen Schenkungsvertrag; dies aus den oben bemerkten Gründen. Selbst der untheoretische Justinian kann uns auf jenen untheoretischen Missgriff heutiger Praktiker und Theoretiker aufmerksam machen. Die bei uns antiquirte stipulatio d. c. facta war bereits in Justinians Tagen eine leere, durch das pactum donationis entbehrlich gewordene, kein eigenthümliches Recht involvirende Förmlichkeit. Insoweit war sich also der Standpunkt jener und unserer Zeit ganz gleich; dennoch glaubte Justinian nicht, nunmehr verstehe es sich von selbst, dass, wenn das pactum donationis unter Gatten errichtet und der Schenkgeber verstorben sei, das pactum convalescire wie die stipulatio; vielmehr fand er dazu ein ausdrückliches Gesetz, die Novelle 162. nöthig. Demnach halte ich mich für überzeugt, einer der stärksten Beweise dafür, dass in unserem Verhältnisse zum Röm. Recht gar keine Methode waltet, ist die Gültigkeit, welche unter

Ehegatten errichtete Schenkungsverträge mit dem Ableben des Schenkenden erhalten. Damit aber noch nicht genug, hat diese Methode sich auch noch anderweit in sich selbst überstürzt; denn sobald auch blosse Schenkungsverträge unter Ehegatten können gültig werden, dann fallen — dessen aber ist man sich nicht bewusst geworden — auch §. 24. und 25. der lex 32. tit. all. bei uns aus, und eine zwischen Ehegatten donationis causa errichtete Societät convalescirt durch Ableben dessen, welcher donandi animo paciscirt hat, so dass, was in einer wirklichen Societät res communis bereits bei Lebzeiten beider Gatten geworden wäre, es nach jenes Ableben werden muss. Denn ist es etwas anderes als ein pactum donationis, wenn der Ehemann und die Frau gesonderte Grundstücke besitzen und der Ehemann alle Revenüen derselben mit der Frau zu theilen verspricht, andererseits aber allen mit jenen Grundstücken verbundenen Aufwand übernimmt? Kann etwas darauf ankommen, dass man das Verhältniss unpassender Weise Societät prädicirt hat?

§. 16.

Rückblick auf den Inhalt der vorstehenden Paragraphen.

Ansichten über Röm. Recht und die durch selbiges bei uns eingetretenen Zustände zu vertheidigen, bleibt etwas Unerspriessliches, sobald man nicht die aufgestellten Behauptungen durchgehend an Beispielen demonstrirt. Da dies aber blos dadurch möglich wird, dass man auf die verschiedensten Rechtsmaterien und ihre wirklich oder nur vermeintlich im Sinne des Röm. Rechtes obwaltende Behandlung eingeht, so mussten die vorstehenden Bemerkungen eine aphoristische Gestalt annehmen, deren inneren materiellen Zusammenhang ich auf folgende Sätze zurückführe:

1. Die Justinianeischen Rechtsbücher sollen uns die Stelle eines positiven, geschriebenen Rechtes vertreten; also postulirt man.

2. Sie sind aber so organisirt, dass sie sich als Gesetzbücher nicht brauchen lassen, und schon in den Tagen Justinians sich nicht als solche gebrauchen liessen. Dazu kommt in den unserigen die Gewissheit und aller Juristen übereinstimmende Ueberzeugung, dass jene Rechtsbücher viel, ungemein viel enthalten, was nicht gelten kann und soll, welche Ueberzeugung jedoch ohne Ueberblick dessen ist, was noch gelte und was nicht mehr gelte.

3. Darum hat bereits Weber versucht, theoretisch festzustellen, wie erkannt werden solle, was sie als noch jetzt wirklich gesetzlich geltenden Stoff enthielten, überhaupt aber eine geregelte Anleitung zu geben, wie man die Justinianeischen Rechtsbücher so gebrauchen könne, dass sie die Stelle von Gesetzbüchern zu vertreten vermöchten.

4. Weber's Theorie ist durchaus haltungslos.

5. Sie ist aber auch von der Art, dass eine genaue Kritik derselben uns überzeugt, eine begründete Theorie sei unmöglich, unmöglich um deswillen, weil sie eine philologische Kritik der Quellen und antiquarische Studien voraussetzt, die, wie alle dergleichen Bestrebungen, ihrer Natur nach nie zu einem Abschlusse kommen können, am allerwenigsten aber, wenn sie sich mit den Justinianeischen Rechtsbüchern beschäftigen, indem unter allen antiquarischen Stoffen diese Rechtsbücher der allercorrupteste sind. Freilich giebt dies v. S. nicht zu. *)

Ich leugne nicht (m. vgl. die citirten Worte), dass

*) M. s. Bd. 1. S. 34.—36. der Geschichte des Röm. Rechtes im Mittelalter, wo er sagt: „Wenn man in dieser Verbindung" (im Vergleich mit dem Edicte des Theodorich, dem Westgothischen Breviarium und dem sogenannten Papian) „die Rechtsbücher von Justinian betrachtet, so wird man mit hoher Bewunderung erfüllt. Aber auch ohne diese Vergleichung können wir ihnen unsere Achtung und Dankbarkeit nicht versagen. Die schaffende Kraft freilich war diesem Zeitalter versagt: zudem gehörten die Quellen für Justinian's Gehülfen zu einer fremden, gelehrten Litteratur, nicht zu ihrer vaterländischen. Unter so ungünstigen Verhältnissen wurden die Sammlungen unternommen, und dennoch geschah die Auswahl mit so viel Sinn und Liebe, dass wir nach 1300 Jahren fast blos aus diesen Büchern, und bei grossen Lücken unserer historischen Kenntniss, den Geist des röm. Rechtes begreifen können, und dass dieser

wir in dem Corpus juris ein Material besitzen, an dem wir den Geist des Röm. Rechtes begreifen können. Damit ist aber für den Rechtszustand unserer Tage ungemein wenig gewonnen, denn wer den Bildungsgang des Röm. Rechtes und die Art und Weise begreift, wie die alten Juristen auf Entwickelung des Rechtes einwirkten, den setzt diese historische Einsicht noch immer nicht in den Stand, dieselbe bei dem Detail der Praxis die Stelle eines positiven Rechtes vertreten zu lassen. Gross ist die Zahl der Zustände des Alterthums, des griechischen und des römischen, deren Geist uns durch das Studium der alten Schriftsteller vergegenwärtiget wird; wie bald aber müssten wir uns in entschiedener Hülfslosigkeit festgerannt finden, wollten wir in irgend einer heutigen Praxis solch einen Zustand reproduciren. Uebrigens vermag ich dasjenige, was ich hiermit will zugegeben haben, und wozu ich noch das Bekenntniss füge, dass in manchen, aber wahrhaftig nichts weniger als zahlreichen Individuen,

eigenthümlichen Trefflichkeit und Bildung ihre Wirkung gesichert ist auf jedes künftige Zeitalter von offenem, unbefangenem Sinn. Wer nun behaupten wollte, dass diese Auswahl nicht durch Sinn und Verstand, sondern durch Zufall bestimmt worden wäre, der könnte durch die Vergleichung der oben beschriebenen Rechtsbücher der Gothischen und Burgundischen Reiche widerlegt werden. Die Erwiederung, dass hier Barbaren, dort aber Römer gearbeitet hätten, wäre ganz unhistorisch, denn auch im Westen haben nicht Gothen oder Burgunder gearbeitet, sondern Römer, Römer in Rom selbst und Römer in Gallien. Der Werth, welcher hier dem Justinianeischen Rechte zugeschrieben worden, kann der litterarische genannt werden; der eigentliche Zweck aber war nicht litterarisch, sondern praktisch, und von dieser Seite kommen mehr die eigenen Constitutionen Justinian's in Betracht. Diese nun sind allerdings von verschiedenem Werthe, aber ein grosser Theil derselben verdient das Lob der vollständigsten Einsicht und Zweckmässigkeit, und vieles, was uns als Verunstaltung des alten Rechtes erscheint, ist nur der verständige Ausdruck der Aenderungen, welche ganz von selbst, und ohne Zuthun eines Gesetzgebers, eingetreten waren. Auch hierin lässt sich eine Vergleichung anstellen, die sehr zur Ehre von Justinian gereicht. Wenn man die Edicte im Theodosischen Codex, noch mehr aber die Novellen hinter demselben, mit den Constitutionen von Justinian, besonders denen im Codex, vergleicht, so sind diese fast durchaus besser und lesbarer, man mag auf den Inhalt oder auf die Form sehen.

eine grosse Virtuosität für die Praxis sich hauptsächlich durch das Studium des Röm. Rechtes entwickelt hat, nicht dem Justinian als Verdienst anzurechnen. Man nehme an: es hätte zu Anfang des 6ten Jahrhunderts Jemand die Ausübung der antiken Sculptur als ein Muster für künftige Kunstbestrebungen anschaulich machen wollen, und zu dem Ende ein Dutzend Jupiter-, Apollo- und Venusstatuen, und so durch alle Kategorien antiker Kunstwerke herunter, zerschlagen, dann in einem Cabinette die Stücke, welche in Aermen und Fragmenten von Aermen, in einem andern die, welche in Füssen und Fragmenten von Füssen bestanden, aufgespeichert, und also auch für den Inhalt jedes der andern Cabinette eine gewisse Gleichmässigkeit beobachtet. Nun entdeckten wir diesen Schatz und zugleich eine Urkunde, die uns belehrte, in welcher Absicht der Stifter solchen Greuels ihn vollbracht habe. Welches Lob würden wir ihm zugestehen? Welches Lob würden wir ihm auch dann zugestehen, wenn ein und der andere von den heutigen Künstlern mit grosser Sagacität des Geistes und alles zu Hülfe nehmend, was wir an besser überlieferten Resten alter Sculptur besitzen, eine und die andere Statue richtig recomponirte? Wir würden das grosse Talent desjenigen bewundern, der so etwas auszuführen vermocht hätte, nimmermehr aber denjenigen loben, der mit barbarischer Einsichtslosigkeit die Wissbegierde in die Nothwendigkeit versetzt hätte, zu einer solchen Operation zu schreiten; und obschon diese Operation, weil sie immense Kraftanstrengungen erfordern würde, für die Restauratoren von überaus bildendem und deren künstlerische Anlagen mächtig entwickelndem Einflusse sein müsste, so dürften wir uns doch auch nicht verhehlen, das Unternehmen hätte nicht einmal mit einzelnen Statuen gelingen können, wäre nicht schon an sich und uranfänglich jener Männer Begabung so gross gewesen, dass sie Ausgezeichnetes auch dann würden geleistet haben, hätte es nie eine Thorheit und Barbarei gegeben, die sie zu einer solchen Kraftanstrengung veranlassen konnte. Auch übersehe man nicht, dass, sobald durch eines solchen Restaurators Anstrengungen eine An-

zahl Fragmente verschwunden und wieder zu einer allgemein ansprechenden Statue zusammengefügt, und zwar richtig zusammengefügt wären, diese Richtigkeit sich sofort durch sich selbst rechtfertigen würde; denn wäre sie verfehlt, so würden Verstösse gegen die Anatomie dies leicht wahrnehmbar machen; wogegen man fast darauf wetten möchte, dass, wenn Jemand auf dem Wege der Forschung ein altes Rechtsinstitut sich vollkommen richtig veranschaulicht hätte, die Widersprüche bedeutender Autoritäten nicht ausbleiben würden, ja nicht undenkbar scheint es, dass eben das Allerrichtigste und Allereinfachstnatürliche dem vornehmen, den Wald vor lauter Bäumen nicht sehenden Gelehrtendünkel am allermeisten missfiele.

6. Weber hat seine vermeintliche Theorie in Hinsicht auf die Frage, wie in den Justinianeischen Rechtsbüchern vorkommende Widersprüche sollen gelöst werden, als eine bereits hinlänglich beantwortete angesehen. Ich, dies leugnend, habe untersucht, wie v. S. jene Frage beantwortet, und habe die Beantwortung nicht nur unbefriedigend, sondern auch so beschaffen gefunden, dass dadurch die obige Bemerkung über die Eigenthümlichkeiten der Justinianeischen Rechtsbücher und die daraus für unseren Rechtszustand sich ergebenden Folgerungen überall die volle Bestätigung erhalten.

Sind nun aber die von mir aufgestellten Bemerkungen richtig, so ist auch die Frage, welche zu beantworten — m. s. S. 1. — mein Zweck war, zu verneinen. Denn was unsere Rechtsanwendung Röm. oder Justinianeisches Recht nennt, das kann diesen Namen nur sehr uneigentlich führen, wenn wir es nicht direct ausgesprochen finden, weil Codex und Pandekten zwar Gesetzbücher sein sollten, nicht aber sein können, und wir eben so wenig einer allgemein anerkannten Theorie mächtig sind, oder jemals einer allgemein anerkannten Theorie können mächtig werden, die in den Stand setzte, Codex und Pandecten eben so gut zu gebrauchen, als wirkliche Gesetzbücher. Man wird den Einwand machen, und selbst die Praktiker werden ihn machen, ich übertriebe, denn

gar manches, gar vieles stünde so deutlich in dem Röm. Rechte und sei so in viridi observantia, dass meine Behauptungen grossen Einschränkungen unterlägen. Ich appellire dagegen an den Ausspruch eines jeden Praktikers und frage, ob ein Referent, der einen Fall vorträgt, dessen Faktisches durchaus und genau mit dieser oder jener Casuistik in den Pandekten übereintrifft, im Voraus überzeugt sein könne, das richterliche Collegium werde seinem den Pandekten conformen Votum die Zustimmung geben? Räume ich nun auch ein, dass es Fälle giebt, wo ein Referent sicher sein kann, dass die Bezugnahme auf Stellen des Röm. Rechtes allgemeine Zustimmung finden werde, so liegt doch der Grund dieser Sicherheit nicht in der gesetzlichen Autorität des Röm. Rechtes, sondern in einer anderweiten Autorität dafür, dass i n s o w e i t das Röm. Recht gesetzliche Autorität habe, u n d d i e s e A u t o r i t ä t s i n d j u r i s t i s c h e S c h r i f t s t e l l e r. Somit wäre u n s e r sogenanntes Röm. Recht dasjenige, welches die Literatur anerkannt hat *) Jedoch kein Rechtssatz erfreut sich eines allgemeinen Anerkenntnisses. Also muss man zwischen Autoren und Autoren wählen, denen man im Anerkennen und Nichtanerkennen beistimmen will, und hier fehlt es wieder an leitenden Criterien, nach denen man sich diesem oder jenem anzuschliessen hätte. Ich belege dies mit v. S.'s Worten, Bd. 1. S. 87. **), nach

*) Am allerwunderbarsten — und auf diese wichtige, höchst bedeutungsvolle Erscheinung komme ich weiter unten zurück — ist es, dass Dinge, woran kein gesunder Menschenverstand zweifelt, e r s t ne erubescamus sine lege loquentes, mit einer Pandektenstelle und d a n n noch mit einer juristischen Autorität belegt werden. Z. B. (ich entnehme das Beispiel aus einer juristischen Probeschrift, der d u r c h g e h e n d e allgemeine Beistimmung zu Theil werden konnte) man sagt: „überhaupt wird im Zweifelsfalle nicht der animus donandi als Beweggrund zum Abschluss eines Geschäftes vorausgesetzt. cfr. l. 25. pr. de probation. Menoch de praesent. lb. 3. 71. ubi alia conjectura sumi potest, donatio nunquam praesumitur."

**) Theoretisch nenne ich hier jede rein wissenschaftliche Forschung, mag sie nun auf Feststellung des Textes der Quellen, oder auf Erklärung derselben, oder auf ihre Verarbeitung zu Resultaten eines Rechtssystemes, oder auf die innere Vollendung dieses Systems

welchen unser Rechtszustand auf den übereinstimmenden Meinungen im Rufe besonnener und gründlicher Forschung stehender Rechtsleh-

gerichtet sein. Dadurch wird kein neues Recht erzeugt, sondern nur das vorhandene Recht zu reinerer Erkenntniss gebracht, und insofern kann diese Arbeit zunächst nicht unter die Rechtsquellen gezählt werden. Dennoch nimmt sie als eine grosse Autorität eine ähnliche Natur an. Denn obgleich für Jeden, der eine solche Arbeit selbstständig prüfen will, die Freiheit des Urtheils nicht beschränkt ist, mögen auch noch so viele Schriftsteller in einer neu aufgestellten Meinung übereinstimmen, so giebt es doch stets eine eben so zahlreiche als ehrenwerthe Klasse von Rechtsbeamten, die auch bei gründlicher Vorbildung nicht mehr in der Lage sind, eine eigene, unabhängige Kritik auf die neue Meinung zu verwenden und dadurch zu einer selbstständigen Ueberzeugung zu gelangen. Für diese wird es nicht nur natürlich, sondern selbst löblich und wünschenswerth sein, dass sie jene Autorität unbedingt befolgen. Es geschieht also nicht im Interesse der Bequemlichkeit, dass dieses Verfahren hier empfohlen wird, sondern im Interesse der Sicherheit des Rechtes selbst. Denn diese kann unmöglich dabei gewinnen, wenn ein Richter, ohne die Möglichkeit eines umfassenden Studiums, ein eigenes Urtheil über jede einzelne Rechtsfrage zu bilden versucht, welches durch die Einseitigkeit seiner Entstehung von sehr zufälligem und zweifelhaftem Erfolg sein wird. Vorzüglich aber kann dieses Princip allein der Gefahr vorbeugen, dass Richter von einiger Regsamkeit durch den oberflächlichen Schein irgend einer neuen Lehre hingerissen werden, zum grössten Nachtheil der Rechtspflege. Findet sich einmal ein eigentlicher Gelehrter auf dem Richterstuhle, so soll diesem damit das Recht nicht abgesprochen werden, seine wohl begründete und geprüfte Ueberzeugung auch in der Rechtspflege geltend zu machen. Woran nun das Dasein einer solchen wahren und guten Autorität zu erkennen ist, das lässt sich freilich nicht durch eine äussere formelle Regel bestimmen. Auf die Zahl der übereinstimmenden Schriftsteller kann es nicht ankommen, noch weniger kann bei fortdauerndem Streit an eine Stimmenzählung gedacht werden. Alles hängt vielmehr davon ab, dass diejenigen Rechtslehrer, die im Rufe besonnener und gründlicher Forschung stehen, in einer solchen Meinung übereinstimmen, dass also von Keinem derselben ein scheinbar bedeutender, mit Gründen unterstützter Widerspruch fortdauernd erhoben worden ist. Natürlich wird dieses nur angenommen werden können, wenn die neue Meinung einige Zeit hindurch Gegenstand der öffentlichen Prüfung war, obgleich es Niemand unternehmen wird, dafür eine bestimmte Zahl

rer beruhen soll. Es ist aber der Ruf eines Rechtslehrers entweder ein akademischer, oder ein literärischer, oder aus beiden Gattungen zusammengesetzter. Um so grösser aber ein Gelehrtenruf ist, um so mehr ist er auch gleichzeitig bestritten, ja um so bedenklicher, denn man weiss, welche Aeusserlichkeiten einen akademischen und literärischen Ruf aufzubauen vermögen. Dass allüberall, wo Rechtsüberzeugung ein Bedürfniss ist, dieselbe besser als also begründet sei, das ist wohl unerlasslich.

von Jahren festzustellen. In diesem relativen Sinne also kann selbst eine theoretische Arbeit unter die Rechtsquellen gezählt werden, indem derselben unter jenen Bedingungen eine *gewisse wohlbegründete* Herrschaft zugeschrieben werden muss. Als Beispiel mag hier die Lehre von den zwei Graden der Culpa dienen, die in unseren Tagen eben so allgemein Anerkennung gefunden hat, als vorher und sehr lange Zeit hindurch die Lehre von den drei Graden für wahr gehalten wurde. Es geht aber aus der Natur der hier beschriebenen Autorität hervor, *dass dieselbe niemals als etwas Abgeschlossenes und Unabänderliches betrachtet werden kann, indem eine künftige noch tiefer gehende Forschung die jetzt angenommene Meinung abermals modificiren kann, und dann natürlich kein geringeres Recht in Anspruch zu nehmen hat, als ihrer Vorgängerin bisher zuerkannt wurde.*“

II.

Die juristische Literatur als Organ der Erkenntniss des in der Praxis geltenden Röm. Rechtes.

§. 1.

Wie ist nach v. S.'s Ansicht der juristischen Literatur und der Praxis gegenseitiges Verhältniss beschaffen?

Lege ich bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage gewissenhaftest die zuletzt allegirten Worte v. S.'s zu Grunde, so wird ein Richter, „der seinen Beruf mit gründlicher Vorbildung antritt" (hypothetisch also jeder Richter; denn ohne gründliche Vorbildung soll überhaupt Niemand zum Richteramte gelassen werden), jede sich aussprechende neue Meinung der Rechtsgelehrten beachten müssen; denn er soll Römisches, wirkliches Römisches Recht in Anwendung bringen, nicht aber Normen, die herkömmlicher oder irrigerweise für Röm. Recht gelten, und die Literatur hat die Aufgabe, „das vorhandene Recht zu reiner Erkenntniss zu bringen." Allein „stets giebt es eine eben so zahlreiche als ehrenwerthe Classe von Rechtsbeamten, die auch bei gründlicher Vorbildung nicht mehr in der Lage sind, auf die von juristischen Schriftstellern aufgestellten neuen Meinungen eine unabhängige Critik zu verwenden, um durch diese zu einer selbstständigen Meinung zu gelangen." Demnach ist die Classe der Richter ausgeschlossen von der Lage, in der man

neue juristische Meinungen mit Selbstständigkeit prüft und darüber sich ein eigenes unabhängiges Urtheil bildet. Denn neben den juristischen Autoren und Professoren bedarf nur der Richter und Advocat einer detaillirten, ihm entweder inwohnenden oder durch Hülfsmittel auf abgeleiteten Wegen erreichbaren Rechtskenntniss, und Advocaten nennt man keine Rechtsbeamten. Diejenigen nun, deren neue Meinungen der Richter, unter schon gedachten Voraussetzungen, in der Rechtsanwendung mit Verzicht auf eigenes Urtheil befolgen soll, sind im Gegensatz zu den Richtern v. S.'s eigentliche Gelehrte. Denn er sagt: „fände sich einmal ein eigentlicher Gelehrter auf dem Richterstuhle, dann wäre auch einem solchen die Befugniss nicht abzusprechen, seine wohlbegründete und wohlgeprüfte Ueberzeugung in der Rechtspflege geltend zu machen." Also nur in seltenen Fällen („findet sich einmal etc.") ziert den Richterstuhl ein eigentlicher Gelehrter. Geschieht es, so ist dieser Richter eine Erscheinung von ausbündiger Trefflichkeit. Da nun, wer eine solche von sich selbst mit Worten oder Thaten prädicirt, aus der Bescheidenheit in die Unbescheidenheit, ja in die staunenerregende Selbsterhebung verfällt, so wird, wo v. S.'s Ansichten die herrschenden sind, kein Richter es wagen können, selbstständig gewonnene neue Meinungen anzuwenden, und in Hinsicht auf juristische neue Meinungen jeder Richter ohne Ausnahme und Unterschied andere oder einen einzigen anderen eigentlichen Gelehrten zu seinem Polarstern erwählen. Jedoch diese Subordination unter fremde Geistesgrössen erweitert sich in das Unendliche, wenn man erwägt, dass kein Jahr die Normaldemarcationslinie zwischen alten und neuen Meinungen bildet, und also der gewissenhaft bescheidene Mann besorgen wird, die neuen Meinungen nicht weit genug zurückdatiren zu können; ja es scheint sogar, und ist consequenter Weise nothwendig, dass er die Antwort auf irgend eine Rechtsfrage niemals in, sondern allemal ausser sich in einer Autorität suche; dies um deswillen, weil diejenigen Gründe, die ihn unfähig machen, selbst zu urtheilen, wo

neue Meinungen gegen alte streiten, die Zuverlässigkeit des eigenen Urtheils ihm auch dann benehmen, wenn alte Meinungen gegen alte streiten. Autoritäten muss er sich also submittiren bei jeder bestrittenen Meinung, somit aber, in Bausch und Bogen genommen, überall. Denn sobald man über eine gewisse Anzahl, zum Theil nicht einmal in den Quellen enthaltener, so zu sagen sprüchwörtlich gewordener allgemeinster Maximen hinaus zu dem näheren Detail vorschreitet, wird kaum irgend ein Rechtssatz ein durchaus unbestrittener geblieben sein; wenigstens könnte ich in dem Augenblicke keinen einzigen mit voller Zuverlässigkeit als einen solchen bezeichnen. Daraus folgt denn nun, dass, wenn ich behaupte: nicht habe auf den Namen von Römischem Recht dasjenige Anspruch, was unter dem Namen Römisches Recht von unserer Praxis angewendet wird, insoweit v. S. mir zustimmt. Denn seiner Meinung nach soll die Praxis und wird dieselbe bei nöthiger Selbsterkenntniss anwenden, was die eigentlichen Rechtsgelehrten ihr auf dem Buchhändlermarkte als Röm. Recht verkaufen. Ob dies wirkliches Röm. Recht sei, hält er selbst für zweifelhaft, denn als Beispiel, wie „eine theoretische Arbeit unter die Rechtsquellen könne gezählt werden, indem derselben unter den gedachten Bedingungen eine gewisse wohlbegründete Herrschaft müsse zugeschrieben werden,“ führt er die „jetzt in allgemeiner Anerkennung stehende Lehre von den zwei Graden der culpa“ mit dem Zusatze an: „eine künftig noch tiefer gehende Forschung könne die angenommene Meinung abermals modificiren“ u. s. w. In diesen Worten findet der Jurist und Nichtjurist, letzterer gewiss mit unendlichem Befremden, angenommen: dass, wenn heute und ein anderesmal nach funfzig Jahren ein Auftraggeber mit dem Beauftragten, ein Gesellschafter mit dem Gesellschafter, ein Mündiggewordener mit dem gewesenen Vormunde über bewiesenen Mangel an Fleiss und Aufmerksamkeit unter ganz gleichen factischen Haupt- und Nebenumständen rechtet, es sehr wohl möglich ist, dass das Urthel von heute weit von dem nach funfzig Jahren zu sprechenden abweichen, jedoch um nichts we-

niger der heutige und der künftige Richter, einer so gut wie der andere, gewissenhaft nach Röm. Rechte und zum Wohlgefallen derjenigen erkannt haben könne, die er als eigentliche Gelehrte verehrt. Kann es nun dahin kommen, wenn nach fufzig Jahren die tiefere Forschung ein anderes Röm. Recht an den Tag gefördert hat, so ist es möglich, dass abermals ein anderes die noch tiefere nach hundert Jahren zu Tage fördert. Doch hat man wohl zu erwägen, dass, während man niemals wissen wird, ob denn nun endlich die tiefste der Tiefen, das Centrum erreicht sei, andere Gelehrte anderer und zwar der Meinung sein könnten, schon habe man bereits mit der Lehre von der culpa viel zu tief eingeschlagen, aus der Tiefe müsse man wieder hinauf in die Räume, welche derjenige, der in den unterirdischen Schachten wühlt, Oberfläche nennt, jedenfalls aber von der Sonne, nicht von Grubenlichtern erhellte Oberflächen sind. Welches Hinunter- und wieder Heraufsteigen von Tag zu Nacht und Nacht zu Tag, um die allerordinärsten Verhältnisse in die gebührende Ordnung zu bringen! Genug davon; denn den Vorwurf, ich wollte Gespötte treiben, scheue ich, wenn der Spott allzuspottwohlfeil ist.

§. 2.

Unbefugniss der theoretischen Jurisprudenz Autorität für die Praxis zu sein.

Kant sagt: (m. s. dessen Handbuch zu Vorlesungen über die Logik. Königsberg 1800 S. 21.) „Bei einigen rationalen Erkenntnissen ist es schädlich, sie blos historisch zu wissen, bei anderen hingegen ist dieses gleichgültig. So weiss z. B. der Schiffer die Regeln der Schifffahrt historisch aus seinen Tabellen; und das ist für ihn genug. Wenn aber der Rechtsgelehrte die Rechtsgelehrsamkeit blos historisch weiss, so ist er zum ächten Richter und noch mehr zum Gesetzgeber völlig verdorben.“

Diese Verdorbenheit macht v. S. dem Richter zu Beruf und Pflicht, indem er ihm auferlegt, das eigene Urtheil unterdrückend, sich den Aussprüchen der eigent-

lichen Gelehrten mit todtem historischen Wissen zu unterwerfen. Müsste es so sein, weil es nicht anders sein könnte, so müsste sich auch aus dieser Noth eine Tugend machen lassen. Wo aber läge die Nothwendigkeit eines solchen Zustandes? Nach v. S. in der verschiedenen Lage des Theoretikers und des Praktikers, die dem ersteren die eigene Erkenntniss möglich, letzterem dieselbe unmöglich und jedenfalls ihm zur Pflicht mache, von der entgegengesetzten Möglichkeit, wenn sie einmal ausnahmsweise eintreten könnte, zu abstrahiren. Nun sehe ich aber schlechterdings nicht ein, was den Richter von den Erfordernissen ausschlösse, die eine selbstständige Kenntniss des Röm. Rechtes, insoweit dieselbe überhaupt erreichbar ist, voraussetzt. Diese Erfordernisse müssen wir uns vergegenwärtigen:

Das eine ist Kenntniss der lateinischen Sprache, Vertrautheit mit röm. Literatur und antiquarischen Wissenschaften überhaupt. Wer, wie Göthe sagt, „nicht die Alten hinter sich liess, die Schule zu hüten,“ dem wird in jedem Lebensberufe Pflege und Vervollkommnung seiner humanistischen Bildung Pflicht und Freude sein. Dass nur die untergeordnetsten Charaktere und Geister glauben können, auch nicht einmal dazu die Zeit zu haben, das beweisen weniger die grossen Staatsmänner Englands — denn was die grösste Begabung leistet, das leistet nicht jedes durchschnittliche Maass von Kräften — sondern die allermeisten Theologen, Juristen und Aerzte jenes Landes. Alles kommt hier auf eine tüchtige Schulvorbildung an, und aus eigener in der Zeit gemachten Erfahrung, wo noch in Leipzig Facultät, Schöppenstuhl, Oberhofgericht und Consistorium bestanden, kann ich, unter Zustimmung eines jeden mit den damaligen Zuständen Bekannten, versichern, dass in diesen vier Collegien, von dem praktischen Berufe, zum Theil immens in Anspruch genommener Individuen solcher, die nicht nur gründlich Latein verstanden, sondern es auch mit lobenswerther Reinheit schrieben, eine Zahl sich vorfand, der jetzt keine Universität Deutschlands für solche Leistungen die gleiche Zahl juristischer Docenten entgegenstellen könnte.

Mit Kenntniss der Sprache ist indess für Kenntniss des Röm. Rechtes noch wenig gethan. Man muss bereits vertraut mit dem Rechtszustande sein, in dem wir leben, man muss unsere Praxis kennen, so schlecht oder gut sie sei, um desjenigen festen Ausgangspunktes versichert zu sein, ohne den überhaupt keine Forschung, keine Erkenntniss möglich ist. Nimmermehr gewähren diesen diesseits der gesuchten Erkenntniss liegenden Punkt die röm. Rechtsbücher. Ihre nicht auf jene Prämisse fussende Lectüre, sie beginne von vorn, von hinten oder beliebig an irgend einer zwischenliegenden Stelle, wird jederzeit auffordern, sich der Worte zu erinnern:

> instabilis tellus, innabilis unda,
> lucis egens aër, nulli sua forma manebat
> obstabatque aliis aliud.

Der von mir erheischte feste Punkt besteht in dem für das Rechtsinstitut, über das man sich eben zu belehren wünscht, durch die Wahrnehmungen, welche die Praxis bietet, geweckten Sinn. Selbiger hält sich vielleicht nur auf jener niederen Stufe, wo wir ihn als richtigen Takt bezeichnen. Viel ist aber auch schon damit gewonnen, dass wenigstens ein vorläufiger Ueberzeugungsgrund sich gegeben findet, der den einen Ausspruch der Quellen für einen zusagenden, den anderen für einen nicht zusagenden zu erklären bestimmt. Denn nunmehr wird es weiter möglich sein, sich darüber Rechenschaft zu geben, weshalb man jenen Ausspruch für zusagend, diesen für nicht zusagend halte, und je ruhiger und unbefangener man hierbei zu Werke geht, um so schneller gestaltet, was erst nur richtiger Takt, Rechtsgefühl war, sich zu einem Begriffe und Bewusstsein. Indess gleich von Haus aus die richtige in präcisen Begriffen ausgesprochene Anschauung zu den Quellen mitzubringen, wird dem besseren Kopfe schon durch die Praxis allein gelingen. Mehr als einen Advocaten habe ich gekannt, der das Corp. jur. vielleicht keine hundertmal während einer langjährigen Praxis in die Hand genommen hatte, wohl aber durch Lebendigkeit des Geistes, Scharfblick und die Masse von possessorischen Streitigkeiten, die er

hatte verhandeln helfen, in den Stand gesetzt gewesen wäre, den von allem positiven Rechte unabhängigen Begriff des Besitzes sich eben so gut als Ganz zu construiren und denselben in populäreren Worten wieder zu geben.*) Dass aus dem Corp. jur. keine Lehre des Röm.

*) M. s. System des röm. Civilrechtes von Dr. Eduard Gans. Berlin 1827. S. 211.—213. „Der Rechtsgrund des Besitzes liegt und kann einzig und allein nur in sich selber liegen, d. h. in der Stellung der Person zur Sache. Alles Eigenthumsrecht liegt darin, dass sich die Person ausschliesslich in der Sache Realität giebt. Nun kann der Wille der Person, mit dem sie die Sache hat, blos ihr besonderer, oder auch allgemeiner anerkannter Wille sein: sie kann die Sache haben, weil sie die Sache haben will, ohne Rücksicht darauf, ob dieses anerkannt wird, oder sie kann sie mit allgemeiner Anerkennung haben wollen. Findet dieses Haben blos nach der Seite des besonderen Willens statt, so ist dieses ein blos anfangendes, unmittelbares Eigenthum oder Besitz, ist dagegen die Allgemeinheit, d. h. die Berechtigung dieses Besitzes vorhanden, so wird es wirkliches Eigenthum. Dass aber schon der besondere, wenn auch noch so unrechtliche Wille geschützt wird, liegt darin, dass der Wille schon an sich ein Substantielles, zu Schützendes ist, und dass dieser besondere Wille nur dem höheren Allgemeinen zu weichen hat. Der Rechtsgrund des Besitzes liegt also weder in der Gewalt, die ihm angethan wird, noch in der Präsumtion, die man von ihm hat, sondern darin, dass schon der besondere Wille der Person, wo er sich in den Sachen äussert, ein Recht ist, und als solches behandelt werden muss. Auch die Römer haben in ihrer naiven Ausdrucksweise ganz diese Vorstellung, und es ist zu verwundern, wie Hr. v. Savigny dieses übersehen konnte. Wenn Paulus l. 1. §. 1. D. h. t. (41. 2.) sagt: Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse. Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra, mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata, et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae, ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nanctus est, so ist hierin das Eigenthümliche des Besitzes vollständig ausgedrückt. Das Eigenthum, heisst es, fange mit dem Besitze an, oder was dasselbe ist, der Besitz sei anfangendes Eigenthum. Nun gäbe es Gegenstände, die noch nicht im Verkehr sind: hier falle Besitz und Eigenthum nothwendig zusammen, (ejusque rei vestigium manere de his, quae terra, mari, coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint.) Auch gebe es selbst heute noch Zustände, wo die Besitznahme dem Eigenthum gleichzusetzen sei, weil in ihnen die Ursprünglichkeit des Naturzustandes sich gleichsam vorfinde. (Item bello capta et insula in mari enata, et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae ejus fiunt, qui primus

Rechtes begriffen werden kann, ohne dass man vor allen Dingen sich den Begriff des Objectes festgestellt hat, das die Lehre behandelt, ist um deswillen gewiss, weil sich nimmermehr ergründen lässt, was das Röm. Recht über dieses oder jenes Institut vorschreibt, wenn man nur den Namen des Objectes, nicht das Object selbst kennt. Wären diejenigen, welche vor v. S. über den Besitz geschrieben haben, von dieser Ansicht ausgegangen, so würden sie schwerlich sich gemüssigt gefunden haben, die Untersuchung mit Klagen über deren unendliche Schwierigkeiten zu eröffnen, Klagen, in die ich auf der Universität, wären sie mir schon dazumal bekannt gewesen, aus tiefstem Grunde des Herzens würde eingestimmt haben, als ich mir die Lehre von dem Besitze nach Röm. Rechte vergeblich einzuprägen suchte, weil ich eine Intuition von dem, was Besitz sei, weder hatte noch erhielt. Hätte ich sie gehabt, oder hätte der die Praxis geringschätzende Lehrer sie mir zu geben vermocht, so würde sie sich nur an den Quellen befestiget, erweitert und die Menge sogenannter Belegstellen bildend auf mich gewirkt haben, weil ich der ihnen zu Grunde liegenden allgemeinsten Vorstellung mächtig und dadurch in den Stand wäre gesetzt gewesen, zu erkennen, wie der scheinbaren Widersprüche ohngeachtet der richtige Takt röm. Juristen immer auf jene Anschauung zurückführt. Also nicht bei der Theorie soll und muss die Pra-

eorum possessionem nanctus est.) Der Besitz ist also zum Eigenthum in das Verhältniss des Natürlichen und Unmittelbaren zum Vermittelten und Rechtlichen gesetzt, dabei aber bemerkt, dass es Zustände gebe, die noch heute diese Natürlichkeit und Unmittelbarkeit an sich trügen (ejusdem rei vestigium permanere), wie das Finden und die anderen Arten der Occupation, so dass hier Besitz und Eigenthum identisch seien. Strenger noch ist dieser Charakter des Besizzes, Eigenthum, aber blos nach der Seite des besonderen Willens zu sein, in den Worten ausgedrückt: „In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat.“ l. 3. §. 5. D. h. t. (41. 2) Indem bei dem Besitze die Categorie der Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit des Besitzes gar nicht in Frage kommen soll, ist zu gleicher Zeit sehr scharf die Eigenthümlichkeit des Besitzes blos die Seite des besonderen Willens zu enthalten bezeichnet.

xis in die Schule gehen, sondern die Theorie bei der Praxis, und diese sucht man bei den Praktikern, nicht bei den Theoretikern. Man wende nicht ein, der gleichen Benennung ohngeachtet könne ein Institut bei den Römern ein ganz anderes gewesen sein, als bei uns und so die von dem erkannten Rechtsbedürfnisse der heutigen Praxis ausgehende Forschung von einer ganz irrigen Voraussetzung ausgehen. Nur selten, überaus selten wird dieser Fall eintreten. Denn ist es nicht seltsam, eine Brauchbarkeit des Röm. Rechtes in unseren Tagen anzunehmen und doch auch zu glauben, Besitz, Eigenthum, Vertrag, Erbrecht und sämmtliche Bedingungen der privatrechtlichen Verhältnisse wären dem Wesen und ihrer innersten Bedeutung nach von den heutigen, gleichnamigen Instituten verschieden gewesen? Eine solche Verschiedenheit würde und müsste die Brauchbarkeit aufheben. Wie viele Widersinnigkeiten haben die Theoretiker seit Jahrhunderten gelehrt, die man tagtäglich, wo in der Praxis dahin einschlagende Verhältnisse mit der Lebendigkeit des im Leben Gegenwärtigen uns vor das Auge treten, als Widersinnigkeiten erkannt werden! Dass der als Eigenthümer Klagende die Proprietät, d a s a b s o l u t e R e c h t an einer Sache beweisen müsse und beweisen k ö n n e, dass A., der meine Pretiosen in Empfang genommen hat, um sie zweckmässiger Weise zu verwahren, als Depositar nur dolus und culpa lata prästire, mehr nicht auch der leiste, der ein Buch zum p r e c ä r e n Gebrauch erhalten hat u. s. w.; das alles glaubt entweder kein Praktiker, oder, wenn er es glaubt, so conformirt er solchen Sätzen sich nur mit Seufzen, weil die Theorie ihm den Glauben eingeredet hat, das Röm. Recht habe sich zu der Art juristischer Weisheit bekannt. Nur dann conformirt er solchen Sätzen sich mit ungetrübtem Gleichmuth, wenn die lange Gewohnheit, sich Autoritäten zu unterwerfen, ihn geistig stumpf und blind gemacht hat; was denn freilich auch hin und wieder vorkommt. Allerdings hört man behaupten, was einem anderen Juristen die Praxis des wirklichen Lebens leiste, das vermöchten, in Folge ihres grösstentheils casuistischen In-

haltes, dem Theoretiker die Quellen zu leisten, in denen er casus die Menge und zum Theil der allerverwickeltesten Art vorfinde. Dagegen ist aber Mehreres zu bemerken: Eine Menge den Theoretikern entweder unvereinbar gebliebene oder doch höchst ungenügender Weise vereinigte Stellen sind nur darum ein Gegenstand von Mühe und Arbeit geworden, weil Justinian juristische Apperçus hat abschreiben lassen, die in ihrer Allgemeinheit nicht zusammenstimmen und die auf besondere, unter einander abweichende Verhältnisse zurück zu führen die Quellen keine Anleitung geben, weil jene Apperçus aus dem ursprünglichen Zusammenhange gerissen sind, ihnen keine Casuistik sich anschliesst, welche uns das Motiv vergegenwärtigte, das keine andere als nur eben diese oder jene Ansicht zu fassen bestimmt hat. So z. B. einerseits die Stellen, welche den Socius verbinden, Fleiss auf die gemeinschaftlichen Angelegenheiten zu verwenden, und dies zwar, ohne eine mildere Beurtheilung nachzulassen, als der überhaupt jeder unterliegt, der verpflichtet ist, mehr zu leisten, als blos dolus und culpa lata, andererseits diejenigen, wo diligentia quam quis suis rebus adhibet den Maasstab für eine solche mildere Beurtheilung abgeben soll. M. s. z. B. die bekannte l. 72 pro socio. Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet. Diese Stelle erregt Anstoss, nicht nur, weil sie zu den ersterwähnten nicht stimmt, sondern auch durch die Schlussworte. Welcher wunderbare Entscheidungsgrund! wenn der socius nur diligentiam leistet quam in suis rebus adhibet, so ist die nothwendige Folge hiervon allerdings die, dass wer unter der geringen Sorgfalt leidet, die sein socius auf eigene Angelegenheiten zu verwenden pflegt, seines Unglücks Schmidt geworden ist, indem er in die Societät trat. Unmöglich aber kann eine völlig unjuristische Beziehung, die in Folge der Anwendung eines Rechtssatzes eintritt, die

Richtigkeit eben dieses Gesetzes documentiren. So z. B. in dem Concurse zu des Ehemannes Vermögen ist das Dotal- und Paraphernalgut der Ehefrau vor den chirographarischen Forderungen anderer Gläubiger zu lociren, und unzähliche Male hat dies die Gläubiger es beklagen gemacht, geborgt zu haben, ohne zu wissen, ob der Schuldner mit eigenem oder der Gattin Vermögen wirthschafte." Sind aber wohl die von der Unmöglichkeit, den Satz zu beseitigen, erzeugten Klagen der Entscheidungsgrund des Satzes gewesen? Jedoch keine allzulangen Erfahrungen braucht ein Richter in der Praxis gemacht zu haben, um auf gewisse Verhältnisse zu stossen, in denen hinsichtlich der culpa des socius die zuerstgedachte und auch auf gewisse andere, wo ihm die Anwendbarkeit der zuletztgedachten Vorschrift einleuchtet, und man den Verletzten darauf verweisen könnte, seinem eigenen Willen habe er zuzuschreiben, was über ihn ergangen sei. Z. B. ein gewesener Hauslehrer associrt sein Vermögen und seine Thätigkeit einem buchhändlerischen Geschäfte. Entsteht Verlust durch seine fehlerhafte Buchführung, so wird ihm kein Praktiker dies dann nachsehen, wenn die Art und Weise, wie er in dem früheren Verhältnisse Ausgabe und Einnahme gebucht hat, beweist, dass die fehlerhafte Rechnungsführung nicht hinter dem Maasse der in den eigenen Angelegenheiten gewohnten Sorgfalt zurückbleibe. Wenn hingegen der Sprachmeister X. und der Tanzmeister Y. sich vereinigen, die von Halbjahr zu Halbjahr gewonnenen Honorare auf gemeinschaftliche Rechnung in eine Actiengesellschaft anzulegen, so wird keiner mit dem anderen um deswillen rechten können, weil bei mehr Industrie der andere mehr Scholaren und reichlicher Zahlende hätte finden können. In der Societät von X. und Y. war man einig in Communion zu setzen, was jeder durch seine individuelle und subjective Industrie erwerben würde; wogegen der gewesene Hauslehrer buchhändlerische Industrie versprach, die gar nicht anders bemessen werden kann, als nach dem, was der sachverständige und ordentliche Buchhändler überhaupt thut. Man wird einwenden, bei einigem praktischen Sinne reiche des Theoretikers Phantasie hin, dergleichen verschiedenartige

Beziehungen zu entdecken. Finden wir aber, dass die Theoretiker sie nicht entdeckt, nicht vermocht haben, sie den Aussprüchen der Quellen zu substruiren, so können wir den Glauben nicht abweisen, der Grund davon liege nur darinne, dass einzig und allein die Praxis den praktischen Sinn erweckt.

Ein anderes Moment, welches beweist, wie gering die praktische Thätigkeit derjenigen muss gewesen sein, welche glauben, die Casuistik der Pandekten könne ihnen ersetzen, was dem Praktiker die Praxis des wirklichen Lebens leistet. In unzählichen Fällen, die man auf den ersten Anblick unvermögend ist, sich theoretisch zurecht zu stellen, sagt uns der Rechtssinn, der dadurch bedingte richtige Takt, wie entschieden werden müsse, und leitet uns auf die Gründe der nothwendigen, jedoch nach ihren theoretischen Forderungen noch gar nicht erkannten Entscheidung. Diese Bemerkung ist so wahr, dass ich mehr als einen Fall mittheilen könnte, wo in mehreren Instanzen ist conform entschieden worden, die Entscheidung richtig war, in allen Instanzen aber die Entscheidungsgründe falsch, indem der richtige Takt über die unrichtige Anwendung der Theorie verblendete, während es an den nöthigen Prämissen fehlte, durch die man in den Stand wäre gesetzt gewesen, zu dem nämlichen Ziele auf richtigem theoretischen Wege zu gelangen.*) Wie häufig geschieht es nicht, dass man vollkommen einig über die Entscheidung, dennoch nicht über die Entscheidungsgründe einig wird, und endlich Pluralität der Stimmen über diese den Ausschlag giebt; also ein blos zufälliger, von äusseren Bedingungen abhängiger Umstand, der eben darum kaum auch nur eine Vermuthung gegen die bessere Einsicht der Ueberstimmten liefert. Alle Theorie lässt sich auf die logische Entwickelung des angeborenen Rechtssinnes zurückführen, und eben dieser Rechtssinn ist auch ein selten trügender Probirstein der Theorie. Wie oft

*) Ein Beispiel giebt der in Bd. 1. der Rechtsfälle S. 75. flgd enthaltene Aufsatz über occupatio bellica nach röm. und h. s. Privatrechte.

habe ich z. B., wenn ein Rechtssatz sollte angewendet werden, den man glaubte mit Pandektenstellen belegen zu können, während die Entscheidung in Gemässheit desselben manchem Votanten unzusagend dünkte, die Worte gehört: so etwas kann nicht in dem Röm. Rechte stehen; und wie oft bin ich von Haus aus überzeugt gewesen oder es später geworden, dass es auch wirklich nicht darinne stehe. Diese Anregungen des Rechtssinnes, der ersten und vorzüglichsten Bedingung einer sich klar gewordenen Rechtstheorie, gehen dem Theoretiker ab. Denn da, wo wir Individuum und Individuum einander in Beziehung auf ein Rechtsinstitut im thatsächlichen Conflict gegenüber gestellt erblicken, wo uns der Mensch vor Augen steht, der ein Urthel von uns erwartet, das ihn, sollte er der verlierende Theil werden, wenigstens davon in seinen Motiven überzeuge, so und nicht anders habe es kommen müssen, ein Urthel, von dem wir wünschen müssen und hoffen, dass demselben wenigstens das unbetheiligte Publicum nach dem ihm inwohnenden Rechtssinne Beifall schenke, da wird auch der Rechtssinn des Richters ganz anders in Anspruch genommen und angeregt, die Findung des dem ächten menschlichen Bedürfnisse entsprechenden Urthels ihm ein ganz anderes Bedürfniss, als wo uns eine in den ersten Jahrhunderten nach Christi Geburt prozessualisch verhandelte Frage vorgelegt wird.

Endlich zwingt die Praxis des wirklichen Lebens zu einer ganz eigenthümlichen, den praktischen Sinn unendlich fördernden Gymnastik des Geistes, zu der kaum irgend eine Pandektenstelle auch nur auf ähnliche Weise veranlasst. Die vorzüglichsten unter ihnen sind gerade die, welche vollständig jedes für ratio dubitandi oder decidendi wichtige Moment, keines derjenigen aber enthalten, welche nach Beseitigung der unwesentlichen Nebenumstände von aller Betrachtung ausfallen. Welche Masse factischen Stoffes und einander kreuzender Behauptungen hat der Richter bei jedem umfänglicheren Prozesse zu sondern und zu ordnen, bevor ein Fall ihm so rein und glatt vorliegt, als eine Pandektencasuistik! Wie ganz anders übt sich hier der praktische Sinn und wie wird

hier am Leben selbst die, so lange sie dem Leben entfernt bleibt, todte Theorie lebendig. In aller Technik und Kunst macht nur die Ausübung den Mann, und von Anbeginn der Welt an ist in jedem Gebiete, worinne der menschliche Geist einem praktischen Bedürfnisse zu entsprechen strebt, die Theorie bei der Praxis in die Schule gegangen, nicht umgekehrt diese bei jener. v. S.'s Verachtung der Praxis spricht sich auch in folgenden Worten aus. Nachdem er S. XX. der Vorrede gesagt hat, was ich untenstehend hervorhebe,*) fährt er also fort:

„Wo dieses nicht geschieht, wo die Trennung zwischen Theorie und Praxis eine absolute wird, da entsteht unvermeidlich die Gefahr, dass die Theorie zu einem leeren Spiele und die Praxis zu einem blossen Handwerke herabsinkt." (Dazu muss die Praxis bereits aller Orten herabgesunken sein, wo ihr trockenes historisches Wissen von Autoritäten zehrt, und das soll sie bei neuen Meinungen, v. S.'s ausdrücklichen Worten nach, das muss sie auch bei den alten nach Consequenz dieser Anforderung, das muss sie gezeigtermaassen nach eben dieser Consequenz überall.) „Wenn ich sage, dass jeder Theoretiker stets zugleich ein praktisches Element in sich tragen soll, so ist dieses dem Sinne und Geiste nach gemeint, nicht der Beschäftigung nach: obgleich freilich einige praktische Beschäftigung, richtig angewendet, der sicherste Weg zur Förderung des praktischen Sinnes ist."

*) Es liegt aber in dem Entwickelungsgange der neueren Jahrhunderte, dass diese zwei Richtungen (die theoretische und die praktische) zugleich in verschiedenen Ständen und Berufsarten auseinander getreten sind, dass also die Rechtskundigen, mit seltenen Ausnahmen, durch ihren ausschliessenden und überwiegenden Beruf entweder der Theorie oder der Praxis allein angehören. Wie dieses nicht durch menschliche Willkühr so geworden ist, so ist daran auch im Allgemeinen nichts zu loben oder zu tadeln. Wohl aber ist es wichtig, mit Ernst zu erwägen, was in diesem Gegensatz naturgemäss und heilsam ist, wie er dagegen in verderbliche Einseitigkeit ausschlagen kann. Es beruht aber alles Heil darauf, dass in diesen gesonderten Thätigkeiten Jeder die ursprüngliche Einheit fest im Auge behalte, dass also in gewissem Grade jeder Theoretiker den praktischen, jeder Praktiker den theoretischen Sinn in sich erhalte und entwickele.

Die Ausübung der Jurisprudenz ist weit mehr eine Technik, eine Kunst, als die Anwendung einer Wissenschaft. Denn jene wechselnden temporären und localen Beziehungen, und jene zum grossen Theile ganz oder halb unverständlichen positiven Satzungen, aus denen aller Orten sich das objective Recht zusammenbaut, sind kein Gegenstand einer Wissenschaft, sie bilden keinen Zusammenhang in und durch sich selbst gegebener Wahrheiten. Nur der Praktiker kann den Werth der Theorie bestimmen, da, wie ich nicht zweifle, jene gerade nur so viel Werth hat, als sie für die Praxis werth ist. Sollte man wohl dieser Behauptung widersprechen können, wenn ich sie an folgendem Beispiele erläutere? Gesetzt, in einem Gemeinwesen wäre kein anderes Bedürfniss mathematischer Kenntniss gegeben, als dasjenige, dem der ganz gewöhnliche Feldmesser genügt, Bestimmung der Feldmarken, der Grösse eines steuerpflichtigen Bodens u. dgl. Um nichts weniger würde auch da die reine Mathematik in höchsten Ehren stehen müssen, weil dieselbe, wenn auch nur soweit erkannt, als sie jene undistinguirten Leistungen vollbringen hilft, dennoch die Basis ist, von der aus in einem intellectuellen Gebiete sich dem Menschen das höchste Gut, vollendete Klarheit des Geistes, in das Schrankenlose hinaus aufthut. Denke man sich aber, alle Mathematik leistete weiter nichts, als die Grössen und Gränzen von Besitzungen festzustellen, und demjenigen, der dies mit theoretischer Einsicht zu leisten vermöchte, eröffnete sie keinen Blick in das darüber hinausliegende unendliche Gebiet geistiger Anschauung, sehr untergeordnet wäre alsdann ihr wissenschaftlicher Werth, eben so untergeordnet als es die Sphäre war, in der sie als die Bedingung einer mit Selbstbewusstsein, mit Sicherheit verfahrenden Praxis herrschte. Was die praktische Jurisprudenz leistet, das ist jenen Leistungen eines Feldmessers auf der niedrigsten Stufe seiner Kunst überaus analog. Sie sichert die Grenzen des Mein und Dein und ordnet dieselben von neuem, wo Zufall oder Bosheit dieselben verrückten. Eröffnet ihre Theorie aber wohl eine Einsicht, die jenseits der Fragen hinausreichte, wie und

warum diese Sicherung und Ordnung so und nicht anders solle bewirkt werden? Führt nicht alles ihr Wissen immer nur auf das enge Gebiet zurück, in dem sie, zum grossen Theil abhängig von wandelbaren und willkührlichen Bestimmungen, bei weitem keine so rein wissenschaftliche Basis hat, als die der beschränktesten Feldmesskunst ist? Man denke sich — denn denkbar ist es, obschon nicht möglich — ein in allen Beziehungen auf dem ächten christlichen Standpunkte befindliches Gemeinwesen. Mit der juristischen Praxis wäre es aus, und indem es mit dieser aus wäre, sähe sich die juristische Theorie für immer objectlos. Und eine solche Theorie will sich spreitzen und vornehm thun gegen die Praxis, ohne die sie ein Nonens wäre. Die Litteratur selbst muss dies anerkennen, sobald sie sich selbst klar wird. Sie geht von der Ueberzeugung aus, dass die Röm. Rechtspraxis auf jedenfalls anfänglich nicht theoretischem Wege sich zu einer Trefflichkeit emporgearbeitet habe, wie in dem Gebiete der Jurisprudenz nie wieder eine grössere könne erreicht werden. Ist nun schon diese Ueberzeugung, deren Richtigkeit ich im Allgemeinen zugebe, häufig weniger eine Ueberzeugung, als ein auf Herkömmlichkeit, auf Autoritäten beruhender Glaubensartikel, indem es ein Widerspruch ist, für vortrefflich eine Praxis zu halten, durch die gar manches und überhaupt viel soll sanctionirt worden sein, dem ein gesunder Rechtssinn sich nur mit Widerstreben unterwirft, so erkennt doch eben diese Ueberzeugung oder dieser Glaube, was der Praxis möglich ist. Soll der heutigen Praxis die gleiche Möglichkeit verschlossen sein, so kann der Grund davon nur in ihrer Basirung auf Röm. Recht, und sind wir von der demselben inwohnenden materiellen Vortrefflichkeit überzeugt, nur in der Form liegen, die Justinian dem von ihm uns überlieferten Röm. Rechte gegeben hat, und hält man endlich auch diese für eine gute oder doch nicht unlöbliche, so kann die Schuld, welche uns aus dem juristischen Paradiese verstossen hat, nur in der Litteratur liegen, die, nicht gewahr werdend, welcher immense Widerspruch es ist, die Justinianeischen Compilationen zu loben und zu-

gleich thatsächlich zu bekennen, ohne weitere theoretische Appretur würden sie unbrauchbar bleiben, ihnen diese Appretur zu geben seit Jahrhunderten bemüht, jedoch vergeblich bemüht gewesen ist; dies nicht abzuleugnendermaassen, indem sie sonst die rechte Frucht getragen und bereits die Praxis mit jenem neuen Leben müsste durchdrungen haben, das ihr von der Litteratur abgesprochen und als etwas ihr für alle Zeiten Versagtbleibendes angesehen wird. Den hohen Ehrenplatz, den die Litteratur einnimmt, verdankt sie nur der Verworrenheit der Justinianeischen Rechtsbücher und der Unklarheit, womit diese von ihr sind behandelt worden. Wissen verwechselt man gar häufig mit Wissenschaft besonders leicht alsdann, wenn in Beziehung auf ein Object des Wissens, das Wissen so wenig in der Extensivität erschöpft werden kann, als eine Wissenschaft in der Intensivität; und allerdings hat Justinian dafür gesorgt, dass kein Mensch auf Erden sich rühmen kann, in extenso seine Rechtsbücher zu kennen. Nicht genug hiernächst, dass die Zahl der Meinungen, das und das stehe in dem Corp. jur. oder nicht, Legion ist, nein, eine Menge solcher Affirmativen und Negativen zerfallen wieder eine jede einzeln für sich in feindliche Lager, weil man über die Gründe übereinstimmender Meinungen nicht einig ist, und so eröffnet sich anderweit dem Wissen ein unabsehbares Feld, während, wie ich alsbald an einem Beispiele zeigen werde, nach diesem und jenem Wissen nur ein litterärisch historisches, wohl Niemanden sonderlich interessirendes Bedürfniss übrig bleibt, sobald ein ächt praktischer Sinn die wahre Bedeutung gewisser Pandektenstellen richtig erkannt hat. So war es z. B. Thibaut vorbehalten, über die Wirkung des Irrthums bei Verträgen, Wahrheiten zu entdecken, die durch die Pandekten zu geheim verborgenen Schätzen geworden waren, unter anderen die, dass wenn zwei Personen sich z. B. über eine Uhr vergleichen, dergestalt, dass der Eine sie dem Andern gegen ein gewisses Abfindungsquantum überlassen soll, ein wesentlicher, den Vergleich nichtig machender Irrthum stattgefunden hat, daferne sie bei Eingehung des Vergleiches gegen-

seitig angenommen haben, die Uhr sei eine goldene, obschon sie nur vergoldet ist. So schlagend ist diese neu an das Licht gezogene Wahrheit und darum so allgemein in die Ueberzeugung aller Praktiker eingedrungen, dass keinem sonderlich darnach verlangt zu wissen, mit welcher Pandektenstelle er sie zu belegen, welche dissentirende Autoritäten er bei einer gemäss jener Wahrheit gegebenen Entscheidung einander entgegen zu stellen habe, um schlüsslich sich dieser oder jener als überwiegender Autorität anzuschliessen. Die grösste, an ächtem Verdienste reichste Periode der juristischen Litteratur würde diejenige sein, in welcher die Praxis anfinge, nach keiner Autorität, und eben so hinsichtlich aller Sätze, die nicht schon in Codex und Pandekten rein positivrechtlichen Ursprunges sind, nach keinem Citat aus dem röm. Rechte ein Bedürfniss zu empfinden, weil, was jene Autoritäten und diese Litteratur sagen könnten, durch den Scharfsinn der Rechtsgelehrten sich als eine einem jeden unabweisbare Wahrheit herausgestellt hätte, die man eben so wenig zu belegen braucht, als mathematische Operationen, um Credit zu finden, der Allegate aus mathematischen Schriftstellern bedürfen.

Noch ein Moment, welches wohl geeignet wäre, der juristischen Litteratur zu dem „heilsamen Gefühle der Demuth" zu verhelfen, das ihr auch v. S. in der Vorrede S. 11. anempfiehlt. Nach der antiquarischen Natur der Quellen sind unerlassliche Hülfswissenschaften des Juristen, Grammatik, die nach dem Glaubensbekenntnisse der alten guten Schule sich in dem Range der Wissenschaften keiner unterordnet, die unter andern Aristoteles in den Kategorien zum Ausgangspunkte seiner Betrachtungen macht, und sodann die meisten derjenigen antiquarischen Kenntnisse, die zu dem Fache des Alterthumskenners zählen, somit eine der hauptsächlichen Grundlagen menschlicher Bildung.*) Die Ueberzeugung von der selbststän-

*) Hin und wieder giebt man sich auch das Ansehen, als werde die Philosophie zur Hülfswissenschaft der Jurisprudenz gemacht; und dann pflegt am Eingange des Werkes eine Art philosophischen An-

digen Grossartigkeit der Mittel hat die Täuschung zur Folge gehabt, dass man dem Gegenstande dieser Hülfsmittel die gleiche grossartige Selbstständigkeit zugeschrieben hat. Wie aber liesse sich damit, wäre dieselbe keine Einbildung, folgende Erscheinung vereinigen? Unter allen den Gebieten, die man im weitesten Sinne des Wortes Wissenschaften nennt, ist keines ohne Verehrer geblieben, die darinne ohne irgend einen einer Praxis anheimfallenden Zweck thätig geworden sind und an dem blossen Studium sich erquickend, dies nicht einmal durch schriftstellerische Thätigkeit haben unterbrechen wollen. Wem wäre die Beschäftigung mit dem Civilrecht so zur allereigentlichsten Theorie, der ausschliesslich in dem Gegenstande ihres Wissens sich versenkenden Beschauung geworden! Vor- und Mitwelt nennt mir keinen solchen. Professoren und Schriftsteller sind keine mich durch die That widerlegende Instanz; sie üben eine Praxis so gut wie der Richter und Advokat, nur mit dem Unterschiede, dass ihre Praxis sich auch eines anderen Organs bedienen konnte, die des Richters und Sachwalters nur der Jurisprudenz sich als Organ bedienen kann. Eine Theorie aber, die Niemand schlechthin um ihrer selbst willen treiben mag, Jedermann nur um eine Praxis in dieser oder jener Form willen treibt, sollte sich wohl der Ueberzeugung hingeben müssen, übel stehe es ihr an, der Praxis gegenüber vornehm zu thun.

laufes genommen zu werden, womit man glaubt, dieser Hülfswissenschaft ihr Recht so vollkommen angethan zu haben, dass alsdann in den übrigen Bestandtheilen des Werkes eine Spur von Philosophie eben so wenig als in Leyser, Menken, Stryk u. a. wahrzunehmen ist. Dieser Anlauf, diese philosophische Grundlage steht so völlig isolirt und ausser allem Zusammenhange mit dem dogmatischen und historischen Wissen, dass auch ohne sie alles andere eben so überzeugend oder unüberzeugend wäre, als es mit der philosophischen Grundlage ist. Manche solche Anläufe machen es glaublich, die Autoren hätten dabei keinen anderen Zweck gehabt, als mit einer Kleinigkeit mehr vornehmthuende Parade zu machen. Jedenfalls aber ist die Schlauheit zu bewundern, die durch das Unbestimmte im Gebrauche der hochtrabenden, bombastischen Worte, sich gleichsam hinter eine Wildniss dichtverwachsenen Unkrautes verschanzt.

Einen ausser der Praxis liegenden Zweck können unsere civilrechtlichen Studien nur dann haben, wenn sie sich als Hülfswissenschaft oder auch als einen integrirenden Bestandtheil der antiquarischen Studien geben. Wieviel sie auf diesem Standpunkte geleistet haben, ist eine Frage, die hier von keiner Wichtigkeit ist. Nur soviel bemerke ich, dass die Philologen und Antiquare klagen, jene Belehrungen machten so gar nicht anschaulich, wie dies und jenes Rechtsinstitut unter dieser oder jener Form in Rom habe stehn und gehn, wie solcherlei Einrichtungen jemals ein Bedürfniss hätten sein können, man vermisse den Pragmatismus, der den Geist abgestorbener Institutionen vergegenwärtige. Sind diese Klagen gerecht, so liegt ihr Grund darinne, dass es jenen Theoretikern an praktischem Sinne fehlt, der, ehe er andern darüber Aufschluss geben will, vor allen Dingen sich selbst darüber aufzuklären sucht, welche Rechtsinstitute und Rechtsformen praktischen Bedürfnissen entsprechen konnten.

§. 3.

Zu einer Aeusserung v. S.'s über „das geistige Element der juristischen Praxis."

Unvermögend, den eigentlichen Sinn zu ergründen, den v. S. mit weiter unten anzugebenden Worten verbunden hat, in welchen er über „das geistige Element der juristischen Praxis" spricht, könnte ich diese Worte als für mich nicht geschrieben liegen lassen. Denn ihre Unverständlichkeit, sei dieselbe nun subjectiver oder objectiver Natur, verstattet mir nicht, daraus erweiterte Kenntniss oder Befestigung entgegenstehender älterer Ueberzeugungen zu schöpfen. Indess zwei Momente haben mich immer und immer wieder zu Betrachtung jener Worte zurückgeführt. Praktiker durch meine Stellung und der Praxis unendlich dankbar, weil, meiner Individualität nach, ich ohne sie in der Jurisprudenz, als dem erwählten Lebensberufe, nie zu eigenen, selbstständigen Ueberzeugungen gelangt wäre, ist mir unendlich interessant jede

Aeusserung, welche hinsichtlich der Praxis eine Notabilität ausspricht, über deren grossen Namen als Theoretiker allgemeines Einverständniss herrscht, während zugleich ihre Stellung auf dem Gipfel des praktischen Berufes das sprechendste Anerkenntniss eminentester praktischer Tüchtigkeit ist. Ein anderes Motiv, bei jener Aeusserung zu verweilen, liegt darin, dass sie sich an die lex damnata: Frater a fratre etc. (l. 38. pr. de condict. indebiti. 12. 6.) anshliesst, und solchergestalt mir Gelegenheit giebt, jene Erklärung zu berichtigen, welche ich Bd. 1. der Rechtsfälle, S. 278. flgd. von diesem Fragmente versucht habe, das durch seine Obscurität so berühmt und so vielfach besprochen unter den Juristen ist, als es nur irgend eine Stelle der heiligen Schriften unter den Theologen sein kann. Weil ich undeutlich bleiben würde, beschränkte die berichtigende anderweite Erklärung sich auf verbessernde Zusätze der älteren, auch, wo bereits so viele über einen Gegenstand geschrieben haben, es kein litterärischer Uebelstand scheint, wenn ihn ein und derselbe Schriftsteller nochmals ganz von neuem aufnimmt, so thue ich dies hier unbedenklich, bemerke aber auch, damit man nicht glaube, ich ignorirte geflissentlich eine Belehrung, die v. S. mir geben könnte, dass in dem Zusammenhange, in welchem dieser von der Stelle spricht, er weder eine Erklärung zu geben, noch auf eine andere von ihm angenommene zu verweisen für nöthig erachtet hat.

Die Stelle lautet also: Frater a fratre, quum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit; quaesitum est: an repetere possit? Respondit: utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum; pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset; naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret. Idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum

familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset; igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a coheredibus praestetur. Porro eum, quem adversus extraneum defendi oporteret, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum.

Einen festen Punkt zu gewinnen, von dem die Erklärung ausgehen kann, dienen die Worte, in welchen Africanus, aus dessen Lb. IX. Quaestionum das Fragment entnommen ist, in vollkommen verständlichen Worten referirt, was Julianus in einer gewissen factischen Beziehung billiget. Da dasjenige, was Africanus vor dieser Bezugnahme auf Julian sagt, — und das ist es hauptsächlich, was die Stelle zu einer crux interpretum gemacht hat — gerechtfertiget dadurch sein soll, dass es folgerecht (idque maxime consequens ei sententiae quam Julianus probaret) zu Julians Ansicht stimme, so werden wir die unverständlichen Worte verstehen, sobald wir den Grund entdecken, aus dem Julian so, wie er gethan, entschieden haben kann, und dieser Grund überzeugend auch in dem Falle durchschlägt, den Africanus entscheidet, ehe er sich auf die gedachte Consequenz beruft.

Zuerst also den Fall, den Julian entscheidet, und die Entscheidung Julians. Ein Sohn in väterlicher Gewalt hatte von dem Vater ein peculium erhalten und ein Darlehn aufgenommen. Bis zu des Vaters Tode war die Schuld unbezahlt und der Erborger, den ich Aulus nenne, in väterlicher Gewalt verblieben. Aulus wird Erbe des Vaters und mit ihm noch andere Personen. Jetzt klagt der Gläubiger Balbus gegen Aulus auf Bezahlung des Darlehns und Aulus zahlt es zurück.*) Nunmehr ist jeder

*) Es ist nicht gesagt, welche Klage man sich als die von Balbus angestellte zu denken habe. Balbus konnte gegen Aulus condictionem ex mutuo anstellen. Dies ist nicht vorauszusetzen, denn solchenfalls musste er erwarten, dass ihm except. Sc. Macedoniani entgegengestellt würde; vielmehr hat man anzunehmen, dass er auf Zahlung der Schuld als eines erbschaftlichen, durch keine Exception zerstörbaren passivi geklagt hat. Denn dies war die Schuld, insoweit

der Miterben gehalten, dem Aulus so viel zu erstatten, als, den Betrag des peculii als objectum executionis angesehen, Balbus von jedem der einzelnen Erben separat mittelst der actio de peculio hätte beitreiben können.*)

Das alles weiss schon der Institutionist. Aber aus alle dem ersieht man noch nicht, wie Licht über die vorhergehenden Worte soll erlangt werden, in denen Africanus einen andern Fall entscheidet, wo die Erbtheilung zwischen zwei Brüdern erfolgt, deren einer dem andern geborgt hat. Diesen wissenswerthesten Umstand verschweigt das schätzbare Fragment, obschon auch den alten Juri-

das peculium ausreichte, da bis zu dessen Betrage schon der Vater und Erblasser selbst mit Erfolg von dem Balbus hätte ausgeklagt werden können. Indess ob Aulus der Klage mutuo nicht die Exception entgegengestellt hat, oder nachdem de peculio geklagt war, die Schuld voll bezahlt hat, obschon sie ihn nur pro rata seines Erbantheiles traf, darauf kommt nichts an. Denn in letzterem Falle ist es entschieden gewiss, nicht die naturalis obligatio gegen den Balbus, sondern die dem Nachlass inhärirende obligatio civilis hat er tilgen wollen, indem nach Maassgabe der angestellten Klage jede andere obligatio völlig ausser Frage liegen blieb. Angenommen den ersten Fall, Aulus wäre condictione ex mutuo belangt worden, hätte die exceptio Sc. Macedoniani nicht vorgeschützt und voll gezahlt, so blieb es wenigstens zweifelhaft, ob er dies mit der Intention gethan, seine obligatio naturalis gegen Balbus, oder die civilis des Nachlasses zu decken, und von selbst versteht sich, dass im Zweifelsfalle muss angenommen werden, intendirt habe er, was ihm am vortheilhaftesten war.

*) Z. B. Aulus war Erbe zu $1/5$ und die Schuld betrug 250 Thlr.; demnach hatte er als Miterbe 50 Thlr. zu seinem Antheile zu bezahlen, insofern das peculium wenigstens 250 Thlr. betrug. Hätte die Schuld 500 Thlr. und das peculium 225 Thlr. betragen, so würde er nicht $1/5$ von 500 Thlrn. oder 100 Thlrn., sondern auch nur 50 Thlr. zu zahlen gehabt haben. Denn das peculium reichte, die ganze Schuld zu bezahlen nur bis zur Hälfte aus, und also auch des Aulus Erbtheil an dem peculio nur bis zur Hälfte der Bezahlung des auf ihn fallenden Antheiles der Peculiarschuld. Hätte er, obschon das peculium nur 225 Thlr. betrug, doch die volle Schuld der 500 Thlr. bezahlt, so hätte er zu dem Betrage der 225 Thlr. ein erbschaftliches passivum getilgt, und zu dem Betrage der anderen 225 Thlr. seine eigene, jedoch nur natürliche Verbindlichkeit gegen Balbus. Natürlich war und blieb letztere Zahlung unter allen Umständen etwas, das im Verhältniss zu den Miterben gar kein Gegenstand von Betrachtungen werden konnte.

sten der Entscheidungsgrund nicht so ganz auf der flachen Hand gelegen haben kann, denn sonst würde es keiner Berufung auf die Autorität des Julian bedurft haben. Hierüber Folgendes: Da die Peculiarschuld entstanden war, einzig und allein durch des Aulus eignes factum, so lag der Gedanke überaus nahe, dass auch er allein sie zu vertreten habe. Welche ratio decidendi hat Julianus dieser einzigen denkbaren ratio dubitandi entgegengestellt? Unableugbar folgende: Es ist zu unterscheiden, ob so wie der übrige Nachlassbestand, so auch das peculium unter sämmtliche Erben getheilt wird oder allein dem Aulus, z. B. als Prälegat verbleibt. Erstenfalles, wo das peculium als solches völlig in der übrigen Gütermasse der Verlassenschaft verschwindet, trifft den Aulus keine solche Verbindlichkeit, letzterenfalls aber trifft sie ihn, indem solchenfalls das peculium nicht von dem Gemeinerbe absorbirt wird, und geschieht letzteres nicht, so wird auch das Peculiarpassivum kein gemeinerbschaftliches, sondern geht, dem peculium inhärirend, eben so wie dieses einzig und allein auf den Aulus über. Dass Julianus dieser Ansicht war, ergiebt sich, wie wir weiter unten sehen werden, aus den vorhergehenden Theilen der Stelle.

Gehen wir nun auf den Fall über, den Africanus referirt und entscheidet, so steht er den schon gedachten gleich in folgenden Hinsichten.

Aulus ist Erbe, jedoch nicht der alleinige Erbe seines Vaters, und erst mit dessen Tode ist die väterliche Gewalt beendigt worden. Unter väterlicher Gewalt hatte Aulus ein peculium und Geld geborgt, somit eine Peculiarschuld contrahirt. Er hat einen Miterben. Dass dieser Miterbe ein Bruder ist, macht an und für sich selbst keine Differenz. Klagt ein fremder Gläubiger des Aulus, so war die Casuistik gestaltet wie in dem Julianischen Falle, und insoweit ist es gewiss, dass die nämlichen Zweifels- und Entscheidungsgründe auf einen und auf den anderen Fall passen.

Demnach findet hier die einzige factische Verschiedenheit statt, dass der Gläubiger des Aulus kein

Fremder, sondern des Aulus Bruder und Miterbe ist. Kann man auch hier von einer zur Nachlassschuld gewordenen Peculiarschuld sprechen, die beide Erben gemeinschaftlich trifft*), oder tritt ein anderes Verhältniss ein?

Ehe wir nun in den Sinn der Worte des Africanus einzudringen suchen, noch Folgendes**): Die bemerkte Verschiedenheit motivirt keine andere juristische Ansicht als diejenige, nach welcher die Entscheidung des Julianischen Falles normirt ist. Dies geht daraus hervor, dass Africanus erklärt, sein Ausspruch schliesse sich consequent dem des Julianus an; (idque maxime consequens ei sententiae quam Julianus probaret.) es geht dies hervor aus den Schlussworten des wunderbaren Fragmentes: quem adversus extraneum defendi oporteret, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum, nach welchen***) das brüderliche Verhältniss keine verschiedene, sondern gleiche Beurtheilung erfahren soll, dies um deswillen, weil, was dem Aulus das Recht gegen einen Fremden zuspreche, das Recht ihm um so weniger gegenüber dem leiblichen Bruder absprechen dürfe. Machen wir nun den Versuch, ob der Fall des Africanus nach dem Grundsatze beurtheilt wird, die Schuld des Aulus gilt als ein erbschaftliches, gleich unter den beiden Brüdern zu vertheilendes passivum, daferne das

*) Solchenfalls würde den Nachlass, ohne peculium angenommen zu 1000 Thlr., das peculium zu 100 Thlr. und die Schuld zu 50 Thlr., für beide Brüder das mit zu vertheilende peculium sich um 50 Thlr. mindern; sonach erhielte Balbus 500 als Antheil von 1000 und 25 Thlr. von dem peculio, ebensoviel Aulus, jeder also 525, als die Hälfte von 1050.

**) Ein Ausleger des Dante beschränkt bei einem Verse, wo der Dichter dem Satan zwar artikulirte, aber keiner bekannten Sprache angehörende Laute aussprechen lässt, seine Note auf die Worte: verso, che vale un Perù. Ein Gesetz, das zu solchen Präparatorien zwingt, um damit einen erleuchtenden Gedanken verbinden zu können, sollten wir mit einer gleichen Exclamation wenn schon nicht für erklärt, doch für erschöpfend kritisirt ansehen können. Goldene Berge scheinen sich aber manche Theoretiker von dem Verständnisse solcher Stellen zu versprechen.

***) Soviel liegt in ihnen deutlich vor, obschon sie vor der Hand in mancher Hinsicht noch dunkel sind.

peculium gleich vertheilt wird, wogegen, wenn Aulus das peculium prälegirt erhalten hätte, auch die Schuld ihn allein trifft.*)

Die Frage ist: kann Aulus die volle Zahlung condictione indebiti zurückfordern? die Antwort ist: er condicirt sie im Verhältniss zu seinem Erbantheile, und dies zwar unbedingt (utique); er condicirt sie auch zu dem Erbantheile des Bruders, dies jedoch nur bedingt. Die Qual des Auslegers liegt in diesem doppelten, sowohl dem eigenen als auch des Bruders Antheile proportionellen Condiciren, indem man nicht begreift, wie Jemand, was ihm in erbschaftlichen Verhältnissen zukommt und nicht soll durch indebiti solutio geschmälert werden, proportionell einem anderen als dem eigenen Antheile condiciren könne.

Man hätte sich klar machen sollen, unter welchen besonderen Bedingungen das Condiciren im Verhältniss zu dem fremden Antheile sich an das Condiciren anschliesst, das nur proportionell dem eigenen Antheile statt findet, und dass jenes bedingte nur dann statt finden kann, wenn bereits die Erbschaftstheilung erfolgt ist. Diese Voraussetzung legt sich dar in den Worten: si ex peculio ad fratrem pervenisset. Ex peculio ist noch nichts an den Bruder gekommen, wenn die Erbschaft unvertheilt und hereditas jacens, also erst noch zu constatiren ist, was und wieviel zu dem Nachlasse gehöre.

Zuerst die unbedingt eintretende Condiction (utique... repetiturum); diese formulire ich also:

Aulus sagt zu Balbus: von 100 Thlrn. peculium abgezogen 50 Thlr., bleiben 50 Thlr. zu vertheilen. Ich hätte dir also bei der Erbtheilung zu gewähren 25 Thlr. Allein bereits 50 Thlr. habe ich dir gewährt. Demnach giebst du mir wieder heraus 25 Thlr., sonst habe ich gerade um so viel weniger, als mein Erbantheil am peculium beträgt.

Von selbst versteht sich, dass die hier dem Balbus verbleibenden 25 Thlr. Balbus sich bei später erfolgender Erb-

*) Steht es so, dann folgt mit Nothwendigkeit, dass, wenn Aulus 2/3 des peculium als Prälegat erhalten hätte, ihn auch die Schuld zu 2/3 träfe.

theilung muss abrechnen lassen; denn mit diesen ist die Hälfte der Peculiarschuld im Voraus gewährt.

Die condictio auch zu dem Erbtheile des Bruders hat Aulus bedingt, und zwar in dem Falle, wo bereits die Erbtheilung erfolgt ist und Balbus seinerseits den richtig berechneten Antheil an dem peculium mit 25 Thlr. schon gewährt bekommen hatte, als ihm der Bruder volle 50 Thlr. zu Berichtigung der Schuld zahlte. Der Comparativ minus bezieht sich auf ea parte oder parte hereditaria, und die pars hereditaria des Balbus umfasst das peculium ebensowohl als die übrigen Nachlassactiven, und wie hereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno, so besteht auch ihr integrirender Bestandtheil, das peculium, nur in dem, was nach Abrechnung der Peculiarschuld verbleibt. Hier nun formulirt Aulus die condiction also: Das peculium betrug 100 Thlr., die Schuld 50; beide, Schuld und Peculium uns gleich angerechnet, bleiben für jeden von uns 25 Thlr. übrig, die wir bei der Erbtheilung uns auch gegenseitig gewährt haben. Später habe ich dir die 50 Thlr. bezahlt, gleichsam als hättest du noch etwas zur Tilgung der Schuld zu fordern, ja überhaupt noch gar nichts darauf erhalten. Diese 50 Thlr. giebst du wieder heraus, in Gemässheit des Verhältnisses, das unter uns in Hinsicht auf diese 50 Thlr. obwaltet, welche unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachten sind, von denen aus angesehen sie sich in die Hälften spalten. Erstlich ist $^{50}/_{2}$ gerade so viel, als m i r die Schuld von dem peculium übrig liess. Mit der einen Hälfte von 50 Thlr. habe ich mich also um m e i n Erbtheil an dem peculium gebracht. Zweitens betrug d e i n Erbtheil an selbigem auch 25 Thlr., die hast du einmal bei der Erbtheilung und noch einmal in Gestalt der anderen Hälfte der später von mir an dich gezahlten 50 Thlr. erhalten. Damit nun ich nicht m e i n Erbtheil verliere, und du das d e i n i g e auf meine Kosten doppelt erhältst, so gieb jene und diese 25 Thlr. heraus.

Dass es so gehalten werde, weil jeden der Erben die Peculiarschuld gleich treffe auch dann, wenn sie Brüder sind und bis zu des Vaters Tode in dessen Gewalt

sich befunden haben, das spricht Africanus nicht direct aus; indirect aber so deutlich, dass es erwünscht wäre, der Exposition des Falles und der Entscheidung*) die nämliche Deutlichheit nachrühmen zu können. Denn es sagt Africanus: obligationem quae fuisset — die Verbindlichkeit, welche Aulus gehabt hat, den Bruder zu bezahlen — hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus**), adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret. Schwerlich aber giebt es eine einleuchtendere Consequenz als die, dass Aulus, welcher, wenn ihm das volle peculium verbleibt, dem Balbus die volle Schuld gewähren muss, in dem Falle, wo ihm das peculium nur zu einem gewissen Antheile verbleibt, auch nur zu diesem Antheile die Schuld dem Balbus gewähren müsse. Des Aulus durch Theilung des peculii zerstörte Obligation, die Schuld dem Balbus zu bezahlen, nennt Africanus obligationem naturalem; dies nicht schwer zu erklärender Weise. Da Schuldner und Gläubiger unter einer und derselben väterlichen Gewalt gestanden hatten, so konnte keine civilis obligatio unter ihnen eingetreten sein; denn die civile Geltung von Rechten und Verbindlichkeiten kann, sobald dieselben in väterlicher Gewalt stehenden Individuen inhäriren, zur Erscheinung nur in der Person des Vaters kommen. In dessen Person zusammentreffend, hätten das Recht des Balbus und die Verbindlichkeit des Aulus sich selbst gegenseitig zerstört. Dass jedoch obligatio naturalis zwischen den Brüdern von Afri-

*) Das Fragment ist dadurch so schwer verständlich, dass nicht anschaulich gesondert ist, wie die Zahlung des Aulus an Balbus, ersteren zu seinem Erbantheile proportioneller Condiction unbedingt berechtigt, die Zahlung mag vor oder nach der Erbtheilung geschehen sein, hingegen die Condiction nach Verhältniss des Erbantheils des Bruders ihm nur bedingt und zwar nur dann zusteht, wenn die Zahlung nach der Erbtheilung erfolgt ist.

**) Die pars ist des Balbus voller Antheil an dem nach Abzug der Schuld verbliebenen Peculiarbetrage, und das sit consecutus beweist, sowie das pervenisset, dass die condictio im Verhältniss zu des Balbus Antheil die Erbschaftstheilung als bereits erfolgt voraussetzt.

canus angenommen wird, das wird eines jeden Rechtsgefühl billigen. Hier, wo es nur darauf ankam, die Stelle zu verstehen, ist es gleichgültig zu wissen, warum Africanus glaubte, die naturalis obligatio werde zerstört, insoweit dem Schuldner das peculium nicht verbleibe. Indess der Grund scheint nahe zu liegen. Die Strenge des Civilrechtes, die zwischen Vater und Sohn in väterlicher Gewalt bestehende unitas personae machte, consequent durchgeführt, es unmöglich, dass das peculium wirkliches Eigenthum des Sohnes sein konnte. Wenn nun Balbus Gewinn aus dieser Unbeugsamkeit des Civilrechtes zieht, und so das peculium zur Vertheilung bringt, obschon des Vaters Wille den Aulus in Hinsicht auf das peculium dem selbstständigen Inhaber eines Vermögens factisch gleich gestellt hat, so wird Balbus nicht unpassender Weise mit gleichem Maase gemessen und in Hinsicht auf das nämliche Verhältniss, in dem Balbus keine natürliche Verpflichtung seinerseits will gelten lassen, auch Aulus von der natürlichen Verbindlichkeit befreit, auf die sich Balbus beziehen könnte. Allein es fragt sich: ob die Bemerkung naturalem obligationem sublatam videri, quod peculii partem frater consecutus sit, nicht allgemeiner zu verstehen ist? Vielleicht liesse das Nämliche sich auch dann sagen, wenn Aulus nicht gemeinschaftlich mit dem Bruder, sondern mit einem extraneus Erbe geworden wäre und von diesem bei Lebzeiten des Vaters geborgt hätte; welchergestalt denn auf frater kein Accent zu legen sein würde, sondern statt dessen coheres könnte gesagt werden, ohne dass des Africanus genuine Ansicht des Verhältnisses alterirt würde. Auch diesem coheres war Aulus naturaliter und nur naturaliter gehalten, und der fremde Miterbe, welcher dem Sohne im judicio familiae erciscundae dasjenige peculium schmälert, das letzterem der Vater fort und fort würde überlassen haben, scheint ebenfalls Rücksichten, die in der Natur der Sache liegen, aus den Augen zu setzen und dadurch des blos natürlichen Rechtes eben so gut als der miterbende Bruder des Schuldners verlustig gehen zu können. Das Fragment bestätiget diese Vermuthung. Man

nehme die Schlussworte: porro eum, quem adversus extraneum defendi oporteret, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. In diesem Schlusse des Fragmentes liegt etwas Befremdendes. Nirgends kommt in demselben etwas vor, worinne eine Abwehr der Forderung eines Fremden läge. Darinne, dass dasjenige Interesse, welches Aulus in Hinsicht der von ihm bei dem Extraneus Balbus contrahirten und dann, obschon die Miterben zahlungspflichtig waren so gut als er, von ihm voll an Balbus bezahlten Schuld hat, dadurch sicher gestellt wird, dass Aulus judicio familiae erciscundae die Miterben anhält, ihn pro rata ihrer Erbantheile zu entschädigen, dass er mit anderen Worten eine Regressklage gegen die Miterben hat, das ist nicht defensio contra Balbum. Africanus muss also etwas anderes gemeint haben, soll unsere Misszufriedenheit über die in dem Fragmente von ihm beobachtete Schreibart sich nicht steigern. Passend aber sind die Worte gewählt und alles fügt sich vollendet aneinander, nimmt man an, dass Africanus hier hat aussprechen wollen, gegen den miterbenden Bruder und Gläubiger werde die obligatio naturalis eben so durch die Theilung des peculii vernichtet, wie sie es durch Theilung des peculii gegen den miterbenden extraneus und Gläubiger werde; diese Annahme ist um deswillen nichts weniger als gewagt, weil dasjenige, was im Verhältniss zu dem Extraneus Rechtens war, Africanus durchgehend als etwas Bekanntes voraussetzt *). So drängt das endliche Resultat sich in die wenigen Worte zusammen:

Die natürliche Verbindlichkeit, welche der Sohn, der bis zu des Vaters Tode in väter-

*) Die Worte: „igitur, et si praestetur" sind das conectarium zu dem Julianischen Satze. Wird das peculium getheilt, ehe der extraneus Balbus wegen der Peculiarschuld befriediget ist, so kann nichts kürzer sein, als dass man der Substanz nach das peculium lässt, wo es sich befindet, d. h. in der Hand des hinterbliebenen Sohnes und Erben, des Aulus, der zugleich der geeigneteste ist, sich der Berichtigung der Peculiarschulden zu unterziehen, was er indess depreciren würde, wären ihm durch die Erbtheilung nicht im Voraus die Mittel dazu gegeben worden, indem man sagte: es sind zehn Erben, das pe-

licher Gewalt gestanden und Geld geborgt hat, in Beziehung auf den Gläubiger trifft, wird, sobald nach des Vaters Ableben der Gläubiger sein Miterbe ist, insoweit zerstört, als bei der Erbtheilung das peculium nicht dem Sohne verbleibt, und dies zwar ohne Unterschied, ob der miterbende Gläubiger ein extraneus, Bruder, oder sonst eine dem Erborger verwandte Person ist.

Schuld des Justinian ist es, dass die kärgliche Weisheit, so überaus obscur stylisirt, Anlass zu so vielen Worten geben konnte, die Schuld der Litteratur ist es, deren exegetische Capacität noch keine befriedigende Interpretation auszumitteln vermocht hat. So lange ich meine Erklärung für die richtige halte, muss ich voraussetzen, nicht anders verstehe auch v. S. dies Fragment, welches in den Credit gekommen ist, nur bei noch sechs andern Stellen stosse das Verständniss auf gleich grosse Schwierigkeiten. Jene Stelle nun, die der Leser entweder nicht versteht, oder diejenigen, welche des darinne liegenden Sinnes mächtig zu sein glauben, nicht alle übereinstimmend auffassen werden, braucht v. S. als Beispiel, um anschaulich zu machen, was das geistige Element der juristischen Praxis sei und ihren edlen Beruf von dem blossen Mechanismus unterscheide, den so viele Unkundige darinne sähen. Bd. I. S. 7. Den Weg dazu nimmt er in folgenden Worten:

„Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darinne zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worinne ihr Wille herrscht und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleich-

culium beträgt 1000 Thlr., die Peculiarschuld 100 Thlr. Demnach wird ersteres dem Aulus nur zu 900 Thlr. angeschlagen, wogegen er die übrigen 100 des Werthes zur Berichtigung der Schuld zu verwenden hat; wo dann diese dem Aulus und jedem der 9 Miterben 10 Thlr. kostet.

bedeutend mit Befugniss: *manche nennen es das Recht im subjectiven Sinne des Wortes.*“

Es giebt und gab jederzeit eine Menge Beziehungen, in welchen ein Wille herrscht, dem andere thuend oder unterlassend sich zu unterwerfen gehalten sind, obschon diesem herrschenden Willen, diesem *Rechte*, von Niemandem andere als erzwungene, also, genau genommen, von Niemandem Zustimmung gegeben wird. Z. B. als die Röm. Jurisprudenz keine Wirkung eines Vertrages kannte, die nicht aus der wörtlichen Fassung desselben mit logischer Nothwendigkeit hervorging, herrschte in dem unten zu lesenden Falle der Wille jenes Pythius, von dessen arglistigen Machinationen uns Cicero Lb. III. cp. 14. de Offic. erzählt*). Niemand wird diesem Willen seine Zustimmung gegeben haben; man müsste es denn Zustimmung nennen wollen, dass keine Klage oder Aus-

*) C. Canius, eques Romanus, nec infacetus et satis literatus, quum se Syracusas otiandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod quum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis: et simul ad coenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Quum ille promisisset, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratiosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque, quid eos facere vellet. Ad coenam tempori venit Canius; opipare a Pythio apparatum convivium; cymbarum ante oculos multitudo; pro se quisque, quod ceperat, afferebat; ante pedes Pythii pisces abjiciebantur. Tum Canius „Quaeso, inquit, quid est hoc, Pythi? tantumne piscium? tantumne cymbarum?“ Et ille: „Quid mirum? inquit. Hoc loco est, Syracusis quidquid est piscium; hic aquatio; hac villa isti carere non possunt.“ Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos; venit ipse mature; scalmum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret? „Nullae, quod sciam, inquit: sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar, quid accidisset. Stomachari Canius: *sed quid faceret? Nondum enim Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas.*

flucht ein Mittel bot, die Nichtzustimmung in thatsächliche Wirksamkeit zu setzen.

„Ein solches Recht,“ fährt v. S. weiter fort, „erscheint vorzugsweise in sichtbarer Gestalt, wenn es bezweifelt oder bestritten und nur das Dasein oder der Umfang desselben durch ein richterliches Urtheil anerkannt wird. Allein die genauere Betrachtung überzeugt uns, dass diese logische Form eines Urtheiles nur durch das zufällige Bedürfniss hervorgerufen ist, und dass sie das Wesen der Sache nicht erschöpft, sondern selbst einer tieferen Grundlage bedarf.“

Auf welche logische Form des Urtheils wird hier verwiesen? Der verurtheilende Ausspruch, welcher den Titius zum Subjecte macht, von dem prädicirt wird: er ist zu zahlen pflichtig, ist logisch nicht anders gefasst als jeder Ausspruch; denn das Wesen keines einzigen besteht in etwas anderem, als in der Verbindung eines Subjectes mit dem Prädicate. Sehen wir die Condemnation nicht als Urthel, sondern blos als dessen integrirenden Bestandtheil, und das Urthel den Syllogismus an, der jener Condemnation einen Rechtssatz als propositio major und eines factischen Verhältnisses Subsumtion unter diesen Rechtssatz als propositio minor vorausschickt, so entdecke ich auch hierinne keine besondere logische Form des Urthels. Hiernächst ist das Bedürfniss nach einem Urthel allerdings etwas Zufälliges. Dessen logische Form aber (man denke sich nun das Urthel als blosse Condemnation oder als Syllogismus) ist nie von einem zufälligen Bedürfnisse erzeugt, sondern an und für sich selbst die absolute Nothwendigkeit. Endlich wird durch keiner Rede logische Form etwas erschöpft, wohl aber erschöpft das Urthel in seiner logischen Form die Sache, den Rechtsstreit, wenn die propositio major den Rechtssatz und die propositio minor das Factum erschöpft, und beider erschöpfende Auffassung die verurtheilende Conclusion rechtfertiget. Welche tiefere Grundlage des Urthels soll man suchen? Indess nicht von der Grundlage des Urthels spricht v. S., sondern von derjenigen, welche bei genauerer Betrachtung eine — ich weiss nicht welche

— logische Form des Urtheils bedürfen soll. Wahrscheinlich verbindet mit den Worten v. S. eigenthümliche Bedeutungen. Es ist möglich, dass wir sie entdecken. Er fährt also fort:

„Diese“ — die tiefere Grundlage, die diese logische Form des Urtheils bedarf — „finden wir in dem Rechtsverhältniss, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so dass selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein kann, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht, das Rechtsverhältniss aber hat eine organische Natur etc..“

Obschon nicht vermögend aus diesen Worten die Erklärung der vorhergehenden zu entnehmen, glaube ich sie doch in dem Sinne zu nehmen, in dem v. S. sie gebraucht hat. Nach v. S. sind Rechtsverhältnisse — m. s. S. 344. u. 345.*) — die Zustände, in welchen die Menschen Subjecte von Rechten und Verbindlichkeiten werden, und er classificirt dieselben als Familien-, Sachen- und Obligationenrecht. Jeder dieser drei Zustände bedingt ihm gewisse Rechtsinstitute. M. s. S. 388. u. 389. Z. B. das Familienrecht, die Ehe, die väterliche Gewalt, die Verwandtschaft. Somit sind Rechtsinstitute ihm die Formen, in denen jene Zustände zur Erscheinung kommen.

*) „Wir finden drei Gegenstände, auf welche eine Herrschaft unseres Willens denkbar ist, und, diesen Gegenständen entsprechend, drei concentrische Kreise, worin unser Wille herrschen kann.

1. Das ursprüngliche Selbst. Ihm entspricht das sogenannte Unrecht, welches wir gar nicht als eigentliches Recht behandeln.

2. Das in der Familie erweiterte Selbst. Die hierin mögliche Herrschaft unseres Willens gehört nur theilweise dem Rechtsgebiete an und bildet das Familienrecht.

3. Die äussere Welt. Die Herrschaft des Willens, die sich dar auf bezieht, fällt ganz in das Rechtsgebiet, und bildet das Vermögensrecht, welches wieder in das Sachenrecht und das Obligationenrecht zerfällt.

Hieraus ergeben sich drei Hauptklassen der Rechte, die wir von diesem Standpunkte der Untersuchung aus anzunehmen haben: Familienrecht, Sachenrecht, Obligationenrecht.“

Um einen Schematismus zu gewinnen, in dem die Rechtsregeln sich vortragen liessen, hätte es keiner Unterscheidung zwischen Rechtsverhältniss und Rechtsinstitut gebraucht. Denn sie stehen einander nicht wie ein genus dem genus, sondern wie species dem genus gegenüber. Indess wir sehen doch nun aus dem, was er S. 344. flg. sagt, was er S. 7. unter Rechtsverhältniss versteht. Dagegen versteht der gewöhnliche Sprachgebrauch unter Rechtsverhältniss erstlich dasjenige, was v. S. Rechtsinstitut nennt. So z. B. ist das Verhältniss des Vaters zu dem nicht emancipirten Sohne abgeschlossen in der väterlichen Gewalt; sodann aber auch dasjenige Verhältniss zweier Individuen, in welchem man die eine der anderen zu einem Thun oder Lassen verbunden prädicirt; und ein streitiges ist dieses Rechtsverhältniss, sobald es gerichtlicher Erörterung unterliegt, ob und in welcher Modalität jene Prädicirung eintreten solle.

Noch ist zu bemerken, dass unter Recht oder einzelnes Recht v. S. sich das Nämliche denkt, was anderen Juristen unter der Benennung subjectives Recht ein sehr geläufiger Begriff ist, und dass überall, wo ein Urtheil erforderlich wird, selbiges in das Gebiet der Jurisprudenz fallende concrete Thatsachen unter eine allgemeine Regel subsumirt. *) Nehme ich nun Rechtsverhältniss in v. S.'s Sinne, so begreife ich nicht, wie ein einzelnes Recht eine besondere, durch Abstraction von einem Rechtsverhältnisse ausgeschiedene Seite darstellen kann. Z. B. A. fordert von seinem Vater B. alimentirt zu werden, und ich soll das Urthel fällen, so gehe ich die allgemeinen Vorschriften durch, welche in dem Familienrechte des Vaters und des Sohnes gegenseitige Rechte und Verbind-

*) S. 9. „Das Urtheil über das einzelne Recht ist nur möglich durch Beziehung der besonderen Thatsachen auf eine allgemeine Regel, von welcher die einzelnen Rechte beherrscht werden. Diese Regel nennen wir das Recht schlechthin, oder das allgemeine Recht: Manche nennen sie das Recht im objectiven Sinn. Sie erscheint in sichtbarer Gestalt besonders in dem Gesetz, welches ein Ausspruch der höchsten Gewalt im Staate über die Rechtsregel ist."

lichkeiten normiren, und sehe, welcher oder welchen dieser Regeln ich den Fall zu subsumiren habe. Die abstracte Regel wird mir zur Wahrheit in concreto. Der status familiae und jenes daraus sich abzweigende Verhältniss, nach v. S. Rechtsinstitut, ist, was es ist, durch abstracte Regeln. Aus dieser Abstraction soll eine anderweite Abstraction das Verhalten in dem concreten Falle normiren.

Das Rechtsverhältniss soll eine organische Natur haben.

Ich begreife wieder nicht, was das heissen soll. Es giebt, es muss überall einen status familiae geben. Was dieser status familiae rechtlich involvirt, hängt davon ab, welche unter die Rubrik Familienrecht sich zusammenfassen lassende allgemeine Regeln gelten. Diese Regeln können einen organischen Zusammenhang haben und haben ihn, „wenn sie sich gegenseitig tragen und bedingen," und dann wird auch das Familienverhältniss ein organischgeordnetes sein. Seine organische Geordnetheit ist also eine hypothetische, gewiss aber nicht da vorhanden, wo das hypothetische Verständniss von Röm. und Deutschem Rechte gar oft es dem Richter sehr erschwert, mit Selbstüberzeugung auszusprechen, was in dem concreten Falle das Familienverhältniss mit sich bringt*). Lese ich weiter, so wird mir die Exposition v. S.'s wo möglich noch unverständlicher. Denn täuscht mich nicht alles, so braucht er das Wort Rechtsverhältniss auf einmal in dem Sinne, wo es ein unter streitenden Partheien zu ordnendes concretes Rechtsverhältniss bezeichnet.

„Das Rechtsverhältniss aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhange seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwickelung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Ent-

*) So z. B. Söhne unter väterlicher Gewalt sollen keine zur Zahlung civiliter verbindende Schulden machen können; das wissen wir, aber gewiss Niemand mit völlig erschöpfender Sicherheit, wenn die väterliche Gewalt aufhört.

stehens und Vergehens. Diese lebendige Construction des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Falle ist das geistige Element der juristischen Praxis, und unterscheidet ihren edlen Beruf von dem blossen Mechanismus, den so viele Unkundige darin sehen.“

Offenbar ist hier Rechtsverhältniss so viel als Rechtsfall*). Nehme ich an, das geistige Element der Praxis ist mir noch nicht aufgegangen, so bin ich es wenigstens diesen Belehrungen nicht schuldig, wenn es mir dereinst noch aufgehen sollte.

Dann fährt v. S. so fort:

„Damit dieser wichtige Punct nicht blos im Allgemeinen verstanden werde, sondern auch nach dem ganzen Reichthume seines Inhaltes zur Anschauung komme, mag es nicht überflüssig sein, ihn durch ein Beispiel zu erläutern.“

Schliesslich folgt, was ich in die Note verweise**); wer es liest, prüfe sich sodann, ob er erst den wichtigen Punct im Allgemeinen verstanden hat, und ob er ihm dann

*) Dass in der vorletzt mitgetheilten Stelle Rechtsverhältniss nicht soviel als einen Rechtsfall in concreto bezeichnet, schliesse ich daraus, dass ich sie auch in diesem Sinne nicht zu verstehen vermag und dass ich S. 9. lese: „So wie aber das Urtheil über einen einzelnen Rechtsstreit nur eine beschränkte und abhängige Natur hat, und erst in der Anschauung des Rechtsverhältnisses seine lebendige Wurzel und seine überzeugende Kraft findet, auf gleiche Weise verhält es sich mit der Rechtsregel.

**) „Die berühmte lex frater a fratre behandelt folgenden Rechtsfall. Zwei Brüder stehen in der Gewalt ihres Vaters. Einer giebt dem anderen ein Darlehn. Der Empfänger zahlt dieses nach des Vaters Tode zurück, und es fragt sich, ob er dieses gezahlte Geld, als irrig gezahlt, wieder fordern könne. Hier hat der Richter lediglich über die Frage zu urtheilen, ob die condictio indebiti begründet ist oder nicht. Aber um dieses zu können, muss ihm die Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses gegenwärtig sein. Dessen einzelne Elemente waren: die väterliche Gewalt über beide Brüder, ein Darlehn des einen an den andern, ein Peculium, welches der Schuldner vom Vater erhalten hatte. Dieses zusammengesetzte Rechtsverhältniss hat sich fortschreitend entwickelt durch des Vaters Tod, dessen Beerbung die Rückzahlung des Darlehns. Aus diesen Elementen soll das vom Richter begehrte einzelne Urtheil hervorgehen.“

dem ganzen Reichthume seines Inhaltes nach zur Anschauung gekommen ist? Eine nicht erklärte crux interpretum als erläuterndes Beispiel gebraucht, regt den Zweifel an, ob die Erläuterung wirklich so ernstlich beabsichtiget gewesen sei.

Ein anderer Gelehrter wählt ebenfalls die l. 38. pr. cit. zu einem erläuternden Beispiele*). Dessen Räsonnement (m. s. u.) vermag ich mir auf keinen andern allgemeinen und wahren Gedanken als den zurückzuführen:

*) Puchta Cursus der Institutionen. Leipzig 1841. S. 51. — 53. „Fassen wir die Rechtsverhältnisse selbst ins Auge, so ist nicht zu verkennen, dass etwas Schwankendes und Bewegliches in diesem Begriffe liegt. Kein Rechtsverhältniss derselben Art sieht dem andern völlig gleich, wenn wir die besonderen factischen Umstände dazu ziehen; lassen wir diese aber auch ausser Anschlag, so werden sich doch selbst durch die Mischung der blos rechtlichen Elemente stets neue Combinationen ergeben.

„Sie hat etwas Verführerisches, die Betrachtung der Rechtsverhältnisse, wie es verführerisch ist, sich auf den wechselnden Wellen schaukeln zu lassen, statt den festen, harten Grund zu suchen. Es scheint dem lebendigen Wesen der Sache so angemessen, das System des Rechtes auf die Verhältnisse, statt auf den schroffen Begriff der Rechte zu bauen. Die bewegliche, einer bestimmten Begränzung widersprechende Natur der Rechtsverhältnisse soll durch ein Beispiel anschaulich gemacht werden. Zwei Brüder stehen in väterlicher Gewalt; einer leiht dem andern; sie werden Erben ihres Vaters; der Empfänger des Darlehns zahlt es zurück. Kann er behaupten, bezahlt zu haben, was er nicht schuldig war, und es mit der condictio indebiti wieder fordern? (l. 38. D. de cond. indeb. 12. 6.) Setzen wir nun: einer von beiden Brüdern ist vor dem Tode des Vaters emancipirt worden; er hat sein Peculium, er hat es nicht behalten; oder es ist nur einer von ihnen Erbe geworden; oder gar keiner; oder der Empfänger hatte noch nicht gezahlt; oder es war kein Darlehn, sondern ein anderes Geschäft, das sie geschlossen haben u. s. f. In allen diesen Fällen wäre das Rechtsverhältniss ein neues; man sieht, dies geht ins Unendliche. Wo soll das System der Rechtsverhältnisse seinen Schluss finden, wenn nicht in den Rechten, welche die Einheit dieser für sich unbestimmbaren Mannigfaltigkeit bilden? Die Rechte eben sind es, deren Combinationen nur die Rechtsverhältnisse sind. In der That ist denn auch die Absicht, die Rechtsverhältnisse als durchgehende Leiter für die Auffassung des Rechts anzunehmen, nie ausgeführt worden; man ist sofort wieder auf die Rechte zurückgekommen, nur dass man sie, wie es oft geschieht, dann selbst Rechtsverhältnisse genannt hat.“

casuistische Kenntniss werde nie das Recht erschöpfen, sondern es werde das Recht erschöpft nur durch Kenntniss der die Casuistik übersichtlich ordnenden Regeln.

Da v. S.'s Bemerkungen zur l. 38. cit. mir nicht deutlich machen, welche Methode des Verfahrens sich bei Betrachtung dieser Stelle der Praxis empfehlen möchte, so werfe ich mir die Frage auf: nach welcher Maxime ist Africanus bei Beurtheilung des von ihm entschiedenen Falles verfahren? um zu sehen, inwieweit dieselbe dem heutigen Praktiker zum lehrreichen Vorbilde dienen könne. Als einen ausgemachten fand Africanus den Rechtssatz vor: unter sämmtliche Erben vertheile sich verhältnissmässig ihren Erbantheilen des miterbenden filius familias als ein erbschaftliches passivum erscheinende Peculiarschuld. Dieser Rechtssatz war in die Ueberzeugung der Praxis bei Fällen übergegangen, wo der Gläubiger kein Miterbe, sondern ein extraneus war. Africanus wendet ihn auch da an, wo der Gläubiger kein Extraneus, sondern ein Miterbe und des Schuldners Bruder ist, und er thut es, weil ihm schien, was in jenem Falle Rechtens sei, das müsse mit gleichem, ja mit noch besserem Fuge es auch in diesem sein. Darinne spricht sich die Maxime aus: der enger gezogenen Rechtsregel ist die Herrschaft auch in demjenigen weiteren Gebiete einzuräumen, das sie nicht minder rationeller Weise zu beherrschen vermag. Man betrachte aber die Verschiedenheit in den Stellungen des röm. Juristen und eines heutigen Richters, und man wird sich überzeugen, dass was bei jenem Maxime sein konnte, nicht eben so unbedenklich es auch bei diesem sein kann. Unendlich gering war der gesetzliche Stoff, welcher jenem vorlag; so ging er fast überall nur von dem aus, was durch die Praxis zum geltenden Rechte geworden war; und das nämliche Befugniss, kraft dessen jene erzeugend gewesen war, das war auch auf ihn als eines von den Organen der Praxis des Tages übergegangen, autorisirte ihn zu fortgesetzter Rechtserzeugung, während in unseren Tagen der Richter entweder ein wirkliches und eigentliches Gesetz vorfindet, welches, indem es nur dies oder jenes abgezweigte Gebiet erfüllt, dem Weiter-

schreiten der Praxis einen souveränen Willen entgegenstellt, oder er findet in dem Röm. Recht eine Praxis vor, welche durch eine auf historischen Momenten beruhende Fiction wirklichen und eigentlichen Gesetzen gleichgestellt sein soll, welchergestalt denn auch hier, und zwar aus gleichem äusseren Grunde, die gleiche beschränkende Wirkung unausbleiblich ist.

Bleibe ich bei der noch unerledigten Frage stehen, nach welcher Methode der Praktiker verfahren müsse, um nicht dem Tadel der Geistlosigkeit ausgesetzt zu sein, so entferne ich mich keineswegs von dem eigentlichen Gegenstande der Untersuchung, sondern ich werde, indem ich sie an ein Beispiel anknüpfe, mir vergegenwärtigen, wie verschieden die Anforderungen sind, welche von der Praxis an die Litteratur ergehen. Die Critik dieser Anforderungen wird hoffentlich darüber entscheiden, was nur eine geistlose Praxis von der Litteratur verlangen kann, was, um solchem Tadel nicht ausgesetzt zu sein, die Praxis von der Litteratur verlangen soll und muss. Die Antwort auf diese Fragen giebt zugleich Antwort auf die, was die Litteratur der Praxis, und also auch, was sie überhaupt leisten soll, insoferne sie sich nicht zu einem blossen Bestandtheile der antiquarischen Kenntnisse und auch dies sehr unglücklicherweise machen will, da, wie eben gedacht, isolirt von der Praxis, die Litteratur auch in dem blos antiquarischen Wissen keine sonderlichen Vorschritte machen kann. Aus alle dem aber wird das Verhältniss der Litteratur zur Praxis anschaulich werden.

§. 4.
Was kann und soll die Praxis von der Litteratur fordern?

Denken wir uns, der richterlichen Beurtheilung läge folgender Fall vor:

Zu des Cajus und Titius noch unvertheiltem väterlichen Erbe gehört ein ländliches Grundstück. Ueber dieses will, dazu durch sein Eigenthum an dem Grundstücke

sich vollkommen ermächtiget findend, Titius einen Fahrweg anlegen, um auf diesem nach einem anderen, ihm allein gehörigen Grundstücke bequemer, als es ausserdem der Fall wäre, mit seinem Geschirre gelangen zu können. Wie dem Titius sein Eigenthum volles Vertrauen zu der Rechtmässigkeit des Unternehmens einflösst, so findet andererseits auch Cajus in seinem Eigenthume die vollständige Berechtigung dies Unternehmen zu verbieten; er erhebt in diesem Sinne Klage gegen Titius, und der Richter soll diesen Streit entscheiden. Nicht nur denkbar, sondern, nach den übereinstimmenden Erfahrungen vieler Praktiker, sehr wohl möglich ist es, dass hier folgendes Verfahren eintritt. Der Referent geht von dem Dogma aus: deine Pflicht ist es, nach Röm. Rechte zu entscheiden, denn die Particulargesetzgebung enthält keine Vorschrift, unter welche der Fall sich subsumiren liesse. Wird er aber in Codex oder Pandekten eine Stelle finden, deren Casuistik mit derjenigen coindicirte, über die er entscheiden soll?

Danach zu suchen, scheint ihm eine leidige Mühwaltung; denn das Corpus juris ist ein mächtiges Volumen, und obschon er weiss, dass, daferne darinne eine Stelle des verlangten Inhaltes sollte vorhanden sein, eine gewisse Anzahl von Titeln zuverlässig nicht diejenigen sind, in denen er sie zu suchen hat, so bleibt die Nachforschung dennoch auf eine grössere Anzahl von Titeln hingewiesen, als er dazu Zeit und Umstände sich für vergönnt ansehen möchte, und gesetzt selbst, ein oder das andere hier einschlagende Fragment wäre oder würde ihm bekannt, so hilft dem gewissenhaften Manne dies noch immer zu nichts, denn ausser jenen Fragmenten könnte es noch zehn und zwanzig andere geben, welche, mit jenen zusammengestellt, die Entscheidung nüanciren und modificiren müssten. Jetzt sieht er zuerst nach dem Gerichtsgebrauche der Spruchbehörde aus, deren Mitglied er ist. Sehr häufig wird er mit grösster Sicherheit darauf rechnen können, dass, entdeckt er eine gewisse — wie s t a r k e? darüber braucht er sich keine Rechenschaft zu geben — Anzahl von Präjudizien, die während eines gewissen Zeitraumes,

über dessen Maass er sich ebenfalls keine Rechenschaft zu geben braucht, in gleichem Falle mit ununterbrochener Gleichmässigkeit entschieden haben, durchaus eben so auch in dem seinigen die Entscheidung ausfallen werde. Vielleicht geben die Entscheidungsgründe jener Präjudicien Anlass zu den erheblichsten Bedenklichkeiten. Demohngeachtet ist es sehr möglich, dass sie nicht beachtet werden, weil man den an sich nicht zu bestreitenden Grundsatz geltend macht, wenn gleiche Fälle nicht gleiche Beurtheilung fänden, so sei die certitudo juris und somit jeder garantirte Rechtszustand aufgehoben.

Helfen keine res judicatae aus der Verlegenheit, dann wirft er die Augen auf die Litteratur. Nicht zu bezweifelnder Weise wird diese ihm die Worte in l. 28. ff. de communi dividundo (10. 3.) nachweisen. Sabinus putat: in re communi neminem condominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem esse causam prohibentis constat. Ganz sicher ist er aber der Entscheidung immer noch nicht. Steht schon in diesem Fragmente, der condominus ist in allen Fällen berechtiget, des condomini positivem Gebahren mit der gemeinschaftlichen Sache entgegen zu treten, so steht doch gar vieles andere nicht darinne. Es steht nämlich nicht darinne, ob Rechtens das Nemliche auch dann sein solle, wenn für jenes Entgegentreten sich kein ostensibles Interesse nachweisen lässt, oder Titius für die Verletzung eines etwanigen solchen Interesses Entschädigung bieten will. Dafern die übrigen Mitglieder der Spruchbehörde solche Ansichten wollen geltend machen, so kann er sie nimmermehr mit des Sabinus Worten widerlegen, denn weder er noch seine Collegen wissen, ob des Sabinus Ausspruch nicht von einem concreten Falle ist veranlasst worden und wie dieser gestaltet war, ob nicht, wenn dessen uns unbekannte Gestaltung eine andere gewesen wäre, auch des Sabinus Entscheidung anders ausgefallen wäre. Demnach bleibt der letzte und beste Nothanker die Litteratur, dergestalt, dass er für die eine oder andere Entscheidung die übereinstimmenden Meinungen geachteter Theoretiker

und Praktiker zusammensucht. Gelingt es in den Entscheidungsgründen des Urthels einen imposanten, die Richtigkeit des Urthels bezeugenden Chorus von juristischen Schriftstellern vorzuführen, dann ist gegen das gesammte juristische Publicum Front gemacht. Versuchte ihm Jemand einzuhalten, wie ein solcher Rechtsspruch schlechthin auf nichts als Aeusserlichkeiten und Zufälligkeiten beruhe, das Urthel zwar in syllogistisch richtiger Form gesprochen sei, allein der propositio major jedenfalls alle logische Nothwendigkeit abgehe, dass diese erreichbar würde gewesen sein, wenn er, von dem Begriffe Eigenthum ausgehend, sich klar zu machen gesucht hätte, zu welchen Resultaten die consequente Behandlung dieses Begriffes in Hinsicht auf das Verhältniss der Miteigenthümer führe, so wird er einwenden: das Urthel muss von einer objectiven Gewissheit ausgehen. Ein blosses Raisonnement ist nur der Zustimmung der Raisonnirenden gewiss. Nur das Gesetz liefert objective Gewissheit, denn — gegen das Gesetz hört aller Widerspruch auf. Also muss die propositio major ein gesetzlicher Ausspruch sein; und kann ich ihn nicht aus einem Gesetze entnehmen, weil für den Fall kein Gesetz oder doch kein mit Zuverlässigkeit völlig durchgreifendes zu finden ist, so stelle ich an die Spitze was eine den Gesetzen gleiche Autorität hat, Gerichtsbrauch, responsa prudentum, opiniones doctorum. Dieses allerdings völlig geistlose Verfahren, eine solche juristische Leistenschneiderei, für was sieht sie die Litteratur an? für das Surrogat des unausreichenden Vorrathes von Gesetzen, ausser dem es in dem Rechte keine objective Gewissheit geben soll, zu welcher Ansicht wieder die Verwechselung führt von wahr oder gewiss einerseits und andererseits dem, wogegen der Widerspruch äusserlich behindert ist. Eine solche Praxis stellt an die Litteratur gar keine Anforderungen, sie verlangt nichts als Meinungen, deren innerer Werth gar nicht in Betracht kommt. Jede Meinung ist ihr gleich gut. Denn jede kann dienen, die Pluralität auf die Seite des pro oder contra zu stellen. Dass eine solche Praxis, ungebildet wie sie selbst ist, auch nicht vermag, bildend

auf die Litteratur einzuwirken, das versteht sich von selbst; denn sie weiss selbst nicht, was sie ausser den kahlen und nackten Meinungen verlangen möchte. Wie geraume Zeit hindurch es die Praxis um kein Jota besser getrieben hat, als ich beispielsweise an einer vereinzelten Rechtsfrage nachgewiesen habe, dafür weiter unten der Beleg.

Bevor wir die Augen von dem Bilde eines solchen Verfahrens abwenden, noch eine Bemerkung: der Richter, der keine objective Gewissheit des Rechtes als diejenige kennt, die er in positiven Normen vorfindet und als deren Surrogat die Litteratur in der geschilderten Maasse gebraucht, der sehnt sich auch, mehr oder weniger laut, nach dem Segen eines einheimischen Gesetzbuches. Denn dann wäre er auf einmal eben so einsichtsvoll als jeder andere, und zu suchen, was er noch nicht wüsste, das würde ihm nicht mehr Mühe kosten, als es andere gekostet hätte, denen es etwa bereits gefunden wäre. Stimmt er in diesen Wunsch nicht mit überein, so geschieht es nur, entweder, weil er in eine Routine, die am allerleichtesten da sich einstellt, wo die Geistlosigkeit an der Tagesordnung ist, sich so hineingelebt hat, dass er nirgends eine bequemere Unterlage finden würde, oder weil ihm weitschichtiges Aussenwerk des Wissens die wahre und ächte Gelehrsamkeit ist. Trefflich findet eine solche Gelehrsamkeit ihre Rechnung bei dem jetzigen Zustande des juristischen Wissens, das in Hinsicht der Weitschichtigkeit seines Aussenwerkes nichts zu wünschen übrig lässt. Diese Erfahrung wird nicht unwichtig sein, wenn wir auf den Gegensatz derselben kommen.

§. 5.

Fortsetzung.

Ein ganz entgegengesetztes Verfahren würde die nicht geistlose Praxis beobachten, darum möchte ich sie aber noch keine geistreiche nennen. Denn ein Thun, was beim Lichte besehen kein vernünftiger Mensch sollte un-

terlassen können, das hat noch keinen Anspruch auf ein lobendes Prädicat. Denken wir uns nun jene bessere Praxis *) in einem anderen Richter personificirt, so weiss auch er, dass den Fall kein Particulargesetz normirt, er weiss aber auch, weil es nichts weniger als Hexerei ist, genau zu wissen, was die Justinianeischen Rechtsbücher an genuin positivem, nicht erst im Laufe der Zeiten zum positiven umgeschaffenen Stoffe enthalten, dass in Rom nie ein Gesetz für einen solchen Fall ist gegeben worden. Insoweit hätte er also auch nichts mit dem Corp. jur. zu schaffen. Auch wird er überhaupt sich zunächst damit nichts zu schaffen machen, die l. 28. cit. schwebe nun entweder seinem Gedächtnisse vor, oder es sei, dass ihm nicht gegenwärtig wäre, welche hierhin einschlagende Stellen, ob überhaupt dergleichen das Corp. jur. enthalten möchte. Denn er weiss, dass dem Dogma: das Corp. jur. ist unser Gesetzbuch, tagtäglich, ja stündlich von dessen Bekennern in das Gesicht geschlagen wird, die dem Corp. jur. nur dann die unbestrittene Einwirkung auf sich zu vergönnen geneigt sind, wenn Stryk, Leyser, Thibaut, v. S. und andere Autoritäten das medium sind, durch welches ihre Vorstellungen einen Ausspruch des Papinian, oder des Diocletian und Maximian zulässig finden. Er findet das auch ganz in der Ordnung. Denn was nach innen und aussen den Anforderungen an ein Gesetzbuch eben so entspricht, als Caliban dem Apollo vergleichbar ist, das lässt als Gesetzbuch sich eben so wenig gebrauchen, als bei dem besten Willen aller Betheiligten Caliban des Musengottes Stelle vertreten könnte. Ganz einverstanden ist also unser Richter damit, dass an sich eine Stelle des Codex oder der Pandekten noch gar nichts beweist, nächstdem auch kein theoretisches Verfahren erdacht oder erdenkbar ist, wodurch es möglich würde, das Corp. jur. statt Gesetzbuch zu gebrauchen.

*) Zwischen ihr und ihrem oben geschilderten Extreme giebt es unzähliche, bald dem einen bald dem anderen jener Extreme näher liegende Uebergangs- und Verbindungspunkte. Hoffentlich ist die im vorhergehenden Paragraphen geschilderte Praxis ohne alle und jede Beimischung von dem geblieben, was das Element ihres Gegensatzes ausmacht.

Aber auch die Litteratur ist nicht sein nächstes Augenmerk. Denn nicht den mindesten Beruf fühlt er in sich, um deswillen, weil ein Anderer etwas gemeint hat, das Nämliche zu meinen, oder gar irgend Jemandem etwas auf das blosse Wort zu glauben. Zwar ist er nicht so thöricht, überzeugt zu sein, in ihm läge die erste und beste Quelle der Erkenntniss, wohl aber hält er es für eine Thorheit, eine Belehrung ausser sich zu suchen, bevor er die seinen eigenen Kräften erreichbare beste Belehrung gesucht hat. Denn bereits möglichst vertraut mit einem Gegenstande zu sein, ist das beste Mittel, andere Meinungen über den nämlichen Gegenstand würdigen und in Folge dieser Würdigung sich bestimmen zu können, was man mit Ueberzeugung sich anzueignen oder als irrig zurückzuweisen habe. Demnach zunächst auf sich selbst beschränkt, wird er sich sagen, dass das condominium eben darum ein con dominium ist, weil Titius und Cajus auf jede Scholle, auf jedes Sandkörnchen in dem Grundstücke gleiches Recht haben, einer wie der andere desselben dominus ist. Demzufolge wird er aber auch ermessen, dass von der unbestreitbaren Wahrheit, es dürfe auf seinem Grund und Boden jeder beliebig gebahren, Titius eine falsche Anwendung macht. Denn nennt er schon den Boden mit Recht sein, so nennt doch mit gleichem Rechte ihn auch Cajus sein; woraus denn folgt, dass Titius, was er auf der eigenen Besitzung zu thun beabsichtiget, zugleich auch auf der ihm nicht eigenen zu thun beabsichtiget, dass sein Gebahren in das Eigenthum eines Andern übergreift, und dieser Andere, weil er Eigenthümer ist, dieses Uebergreifen nicht zu verstatten braucht, ginge die Verweigerung auch von gar keinem Interesse aus, oder könnte und wollte Titius dieses Interesse pecuniär vollständig ausgleichen. Jetzt erst und nachdem der Richter den festen Punkt in sich gefunden hat, mit dem man sich in die chaotische Sprachverwirrung der Quellen und der Litteratur hinauswagen kann, wird er sich nicht zuerst an die Litteratur, sondern an die Quellen begeben. Fände er nichts direct dahin einschlagendes, so wäre es kein Unglück. Denn

so lange ihm Niemand in seinem Raisonnement einen falschen Begriff oder aus einem richtigen Begriffe falsch gezogene Consequenzen nachweist, darf er sich der allerhöchsten objectiven Gewissheit, der logischen, versichert halten. Sollte ihm jener andere Richter mit dem Geschrei nach positiver Gewissheit in das Wort fallen, so liesse darauf sich nur mit achselzuckendem Stillschweigen antworten. Aber eben um deswillen, damit er so vollständig als möglich versichert sein könne, richtig aufgefasste Begriffe richtig gehandhabt zu haben, wird es ihm wichtig und erfreulich sein, keine direct oder indirect einschlagende Stelle des Corp. jur. übersehen zu haben. Dies um deswillen, weil er von der festen Ueberzeugung ausgeht, dass die praktischen Leistungen der Röm. Juristen in der Regel unübertrefflich sind, ihre Entscheidungen unverbesserlich und untadelhaft. Darum begiebt also unser Richter sich an das Corp. jur., und nun — angenommen er findet überhaupt einschlagende Stellen — geschieht eins oder das andere: entweder Röm. Juristen haben eben so entschieden wie er die Entscheidung sich entworfen hat, oder sie haben anders entschieden. Findet er ersteren Falles hier neben der Entscheidung auch den Entscheidungsgrund angegeben, und stimmt dieser mit dem von ihm selbst gefundenen überein, so kann er sicher sein, er wird die gewonnene Ueberzeugung nie wieder aufzugeben brauchen. Steht der Entscheidungsgrund nicht dabei, wie es z. B. in l. 28. cit. der Fall ist, so tritt wenigstens die allerhöchste Wahrscheinlichkeit ein, dass er und der Römische Jurist von gleicher Grundansicht mit Beobachtung gleicher Methode ausgegangen sind. Denn ein wunderbar seltener Zufall wäre es, wenn das nämliche Rechnungsexempel von zwei Rechnern ausgearbeitet, gleiches Facit lieferte, um nichts weniger aber der eine falsch gerechnet hätte und gleiche Resultate nur durch einen zweiten, den ersten compensirenden Fehler wären erlangt worden. Gesetzt aber, in den Quellen fände er eine andere als die von ihm selbst gefundene Entscheidung. Das würde ihm erstlich Bedenken gegen deren Richtigkeit einflössen müssen, aber-

mals um der Vortrefflichkeit willen, die ich den praktischen Leistungen Römischer Juristen vor der Hand nur postulire; fände er jedoch nach wiederholter Prüfung seiner Ansicht durchaus keinen Grund, die eigene Ueberzeugung aufzugeben, alsdann bliebe den Widerstreit zu lösen nur die Voraussetzung übrig, dass zu Rom besondere historische Einwirkungen ein Recht in Thesi in Hypothesi modificirt und nüancirt hätten. Die Momente, wodurch diese Erscheinung hervorgerufen worden, wird er zu entdecken bemüht sein, weil er das erweiterte Verständniss des Röm. Rechtes als einen wesentlichen Fortschritt in der juristischen Bildung ansieht. Gelingt es ihm, sich diese Aufklärung zu verschaffen, so wird er nicht die Gelehrsamkeit, selten die Wissenschaftlichkeit, überall aber den juristischen Takt bewundern, der den Röm. Juristen eigen auch da war, wo wir mit klarer, voller Ueberzeugung ihre Praxis zurückweisen müssen. Vermöchte endlich unser Richter nicht den Gegensatz seiner und der Römischen Beurtheilung des gleichen Falles in der angegebenen Maasse zu lösen, dann würde er, fände sich kein Grund, die eigene Ueberzeugung aufzugeben, sie nimmermehr um einer Pandektenstelle willen aufgeben, sondern demjenigen, der es ihm zumuthete, einwenden: habt ihr seit Jahrhunderten es euch redlich angelegen sein lassen, wohlverständlichem Röm. Rechte und dessen rationellen Aussprüchen gegenüber höchst unvernünftiges Zeug zu geltendem Rechte zu machen, so wird hoffentlich mir frei stehen, eine rationelle Ansicht nicht um eines Fragmentes willen zu verleugnen, dessen eigentlicher Sinn mir dunkel und räthselhaft bleibt.

§. 7.

Fortsetzung.

Das Verfahren der in den vorhergegangenen Paragraphen geschilderten Praxis scheint mir nicht dem Vorwurfe der Geistlosigkeit ausgesetzt zu sein. Was sie wolle, warum sie es wolle, und auf welchem Wege sie den erkannten Zweck zu erreichen habe, alle diese Fragen

beantwortet sie sich mit klarer Selbstbewusstheit, und dass man jene Fragen sich beantworte, ist in jedem Gebiete der Praxis, man nehme welches man wolle, erstes Bedürfniss und erstes Kennzeichen des nicht maschinenmässigen Verfahrens. Welche Anforderungen wird die eben geschilderte Praxis — von jetzt an werde ich unter Praxis keine andere als diese verstehen — an die Litteratur stellen?

1. die, dass sie ihr helfe, den Stoff in den Quellen sich übersichtlich zu machen. Denn nichts von der gesammten Masse dieses Stoffes resignirt sich die Praxis als ein unbekanntes Land ein für allemal bei Seite liegen zu lassen. Dies leistete die Litteratur, wenn wir ein Werk besässen, in welchem durch sämmtliche Titel des Codex und der Pandekten hindurch, bezeichnet wäre, was Justinians flüchtige und geistlose Anordnung aus dem Titel hätte hinweglassen und in irgend einen anderen namhaft zu machenden Titel verweisen sollen, das den also ergänzten Stoff jedes einzelnen Titels so vertheilte, wie er bereits in Codex und Pandekten würde vertheilt sein, wenn Justinian bei Zusammenstellung der Fragmente Rechenschaft sich darüber gegeben hätte, welche verschiedene Beziehungen ein Rechtsinstitut biete, wie dieses Fragment sich über die eine, ein anderes Fragment über eine andere ausspreche, jenes eine solche Beziehung unter dem allgemeinsten Gesichtspunkte, dieses sie unter nüancirenden und modificirenden Umständen auffasse und also letzteres Fragment jenem unterzustellen sei. In allen unsern Lehrbüchern und Compendien ist das Quantum desjenigen Stoffes, den sie aus den Quellen mittheilen und erläutern, Sache der subjectiven Willkühr. Glück's Commentar wie Thibaut's und v. S.'s System, alle werfen ohne Weiteres sich zu souverainen Autoritäten für Bestimmung der Masse desjenigen auf, worinne hinsichtlich einer gegebenen Materie der wissens- und beachtungswerthe Inhalt der Quellen abgeschlossen sei.

2. Dass ihm die Litteratur die Entscheidungsgründe entwickeln helfe, die er in den Quellen nicht findet, da

diese häufig nur die Entscheidung, nicht ihre Gründe geben.

3. Dass die Litteratur, da wo Entscheidungen des Röm. Rechtes dem Rechtsbedürfnisse nicht entsprechen, darüber aufkläre, wo der Grund dieser Differenz liege. Wichtig ist diese Aufgabe, weil die Vortrefflichkeit der Röm. Praxis vorausgesetzt, der gewissenhafte Praktiker bei jedem Urtheile, in welchem er geglaubt hat, die Conformität mit dem Röm. Rechte ganz oder zum Theil aufgeben zu müssen, ein nicht abzuweisendes Unbehagen empfindet, sollte auch bei fortgesetzter Erwägung die Richtigkeit seines Ausspruches sich ihm mehr und mehr bestätiget haben. Höchst ungern wird er eine verwandte Stelle der Pandekten als unverständlich hinter sich lassen. Denn jedenfalls würde seine Rechtsanschauung durchgebildeter und vollständiger sein, sähe er ein, wie seiner richtigen Ueberzeugung ohngeachtet, dennoch die uns als die vorzüglichste bekannte Praxis eine andere Richtung nehmen musste. Ich erläutere diese Bemerkung an folgendem Beispiele.

A. hat dem B. ein Haus verkauft, das vor Abschluss des Kaufes total niedergebrannt ist, ohne dass die Contrahenten oder einer derselben von dem Ereigniss Kunde hatten. Keinem Nichtjuristen wird es einfallen, zu behaupten, weil ja doch die Stelle geblieben sei, auf welcher das Haus gestanden habe, so sei jenes totalen Unterganges ohngeachtet, der Kauf dennoch nicht gegenstandlos geworden; und so ist es lächerlich, wenn man auf l. 57. pr. de contr. emt. vendit. (18. 1.) *) sich bezieht, um zu lehren, dass in einem solchen Falle der Kauf eine Nichtigkeit sei und das bereits erlegte Kaufgeld condicirt werden könne. Eben so wird der Nichtjurist sagen, null und nichtig müsse der Kauf auch dann sein, wenn das Haus nur theilweise abgebrannt ist. Versucht er diese von dem gesunden Gefühl ihm eingegebene Behauptung sich in ihrem logischen Elemente zur

*) Domum emi, quum eam et ego, et venditor combustam ignoraremus; Nerva, Sabinus, Cassius, nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse ajunt.

Anschauung zu bringen, so sagt er sich, dass der Contract die gegenseitige Willensübereinstimmung ausspricht, für das Haus 1000 Thlr. bezahlen zu wollen. An den Kauf knüpfen sich aber nur die Folgen, welche mit Consequenz aus der gegenseitigen Willenserklärung resultiren, von der in dem vorliegenden Falle die Absicht und die Bereitwilligkeit ausgeschlossen blieb, einen Theil des Hauses um die proportionelle mindere Summe zu erkaufen. Demohngeachtet lesen wir in dem citirten Fragmente das ganz Entgegengesetzte. Sed si pars domus maneret, Neratius ait, hanc quaestionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumtae permaneat, ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emtor perficere emtionem; sed etiam quod forte solutum ab eo est, repetet. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est emtor venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur. Die Lehrbücher und Compendien pflegen diese Worte in aller Ruhe hinzunehmen, ohne von dem Seltsamen des Ausspruches sich auch nur im Mindesten anfechten zu lassen. Der Mühe verlohnte es sicht, den Fall einmal in praxi zu erleben. Wetten möchte man darauf, das Urtheil würde nicht im Sinne des Neratius ausfallen. Interessant aber müsste es sein, zu sehen, wie das richtige Urtheil zu diesem Durchbruche gelangte, dem Dogma zum Trotz: die verba disposita der Pandekten sind unser Gesetzbuch. Nicht vermag ich diese Erscheinung mir vollkommen genügend aufzuklären. Erwünscht wäre es also mir und jedem Gleichgesinnten, hier Belehrung in der Litteratur zu finden. Beispiele, in welchen sich die nämliche Wahrnehmung wiederholt, liefern zahlreiche andere Pandektenstellen.

Nach alle dem wird diejenige Praxis, welcher ich meine Zustimmung zu geben vermag, von der juristischen Litteratur ganz das Nämliche verlangen, was ein Lehrer der Moralphilosophie, dem in diesem Gebiete Cicero's Buch von den Pflichten oder die Ethik des Aristoteles

als höchste Weisheit gälte, von der einschlagenden Litteratur verlangen würde, und es würde von dieser jener Lehrer das Nämliche verlangen, was man bei gründlicher Beschäftigung mit irgend einem alten Schriftsteller von dessen Herausgeber und Commentatoren fordert. Hat dies nun wohl unsere historische, exegetische, dogmatische Literatur erkannt?

Der Beachtung werth scheint hier folgendes Moment: Macht nach dem Obigen die Praxis an die juristische Litteratur die nämlichen Ansprüche, die an den Herausgeber eines alten Schriftstellers ergehen, so verlangt sie auch, dass jener vermeide, was bei diesem ein Uebelstand ist. Einer der grössten Uebelstände, ja man möchte sagen Ungezogenheiten in der philologischen Litteratur ist aber die, dass beinahe jeder Commentator glaubt, oder doch die Miene annimmt zu glauben, nichts in dem Autor sei dunkel geblieben, nachdem er demselben einmal seine Illustration hat angedeihen lassen. Diese Schwäche ist unserer juristischen Litteratur in wahrhaft überschwenglich lächerlicher Maasse eigen. Wie unendlich viel ist nach Wiederauffindung des Gajus dunkel in dem Röm. Klagformelwesen, in diesem für das pragmatische Verständniss der Röm. Praxis allerwesentlichsten Puncte! Letzteres fühlen die Theoretiker sehr wohl, um so mehr aber glauben sie sich berufen, das heilsame Eingeständniss der in so vielfacher Hinsicht noch höchst mangelhaft gebliebenen Erkenntniss möglichst zu vermeiden, und die Miene anzunehmen, als würden sie mit dem Röm. Formelwesen sich in Rom zurecht zu finden gewusst haben, wie ein heutiger Advokat mit den Prozessformalien. Höchst nachtheilig wirkt dies auch auf die stetes Studium der Quellen sich zur Pflicht machende Praxis zurück. Denn gross ist die Anzahl derjenigen, welche glauben, verstanden müssten auch sie haben, was eine berühmte Notabilität als etwas Erklärtes und verständlich Gewordenes behandelt. So gerathen sie in Gefahr, bei Benutzung der Quellen von Prämissen auszugehen, die nur auf halbem Verständnisse beruhen, das schlimmer ist als gar keines, weil es erstlich nicht minder als jenes zu falschen Resultaten führt, aus-

serdem aber auch das Bedürfniss nach besseren Verständnissen unterdrückend, nicht das Streben nach diesen aufkommen lässt.

§. 8.

Fortsetzung.

Wird es der geschilderten besseren Praxis wohl einfallen, in das Hülfsgeschrei nach einheimischen Gesetzgebungen einzustimmen? Bleiben wir vor der Hand des Weiteren bei dem Beispiele stehen, das uns in l. 28. cit. de communi dividundo gegeben ist. Der einsichtsvolle Richter würde ein Gesetz bemitleiden, welches mit dem Inhalte: in re communi etc., ihm einschärfte, was zu wissen ihm wenig Anstrengung kostete; er würde der Meinung sein, schädlich sei ein solches Gesetz, weil es den Credit schwäche, in dem die Rechtspflege stehen muss. Denn auch der Unkundige kann sich sagen, dass, wie viel Gesetze man geben möchte, dennoch unendlich viel des Richters eigener Beurtheilung müsse überlassen bleiben. Wie kann er aber dieser vertrauen, sobald auch nur in einem einzigen Falle die höchste gesetzgebende Autorität im Staate thatsächlich die Ueberzeugung ausspricht, die Legislation müsse seinem schwachen Verstande mit Hebammendiensten entgegenkommen. Hiernächst wird derjenige, welcher den Prozess verliert, sich weit weniger durch die Bezugnahme auf den Buchstaben eines Gesetzes beruhiget finden, in dem ihm ein blosser Wille, nicht auch dessen summa ratio entgegentritt, als bei einem auf logische Nothwendigkeit beruhenden Satze, dem seine Zustimmung verweigern zu wollen, auf Verläugnung der eigenen logischen Capacität hinausläuft. Je öfter in einem Rechtszustande ersteres vermieden und letzteres bewirkt werden kann, um so mehr muss derselbe im Credit bei allen Betheiligten steigen.

§. 9.
Ueberblick der in den vorhergehenden §§. aufgestellten Ansichten. Die hauptsächlich dagegen gedenkbaren Zweifel und Widersprüche.

In dem einen Falle, dessen ich mich als Beispieles bedient habe, würde der Richter ohne alles und jedes Gesetz, ohne ein zustimmendes Fragment der Pandekten, oder eine kaiserliche in dem Codex uns überlieferte Entscheidung, ohne alle und jede litterarische Belehrung ein Urthel sprechen können, dessen propositio major sich um nichts weniger auf allerhöchste, einem Jeden einleuchtende objective Gewissheit stützen liesse. Ergab sich nun hieraus, diesen einen Fall anlangend, dass der Richter des Recurses auf die Justinianeischen Rechtsbücher überhoben sein könnte, so verlangte ich doch — und dies zwar ganz im Allgemeinen und abgesehen von dem concreten Falle — dass er demohngeachtet auf diese recurriren sollte, dies um deswillen, weil, falls ihm die Quellen beistimmten, er hierinne die Garantie für die Richtigkeit seiner Ansichten finden würde, oder falls sie ihm nicht beistimmten, ihn dies zu weiterer Prüfung veranlassen müsste, ob die gefundene Gewissheit nicht blos eine scheinbare sei, hielt ihn jedoch keineswegs für verpflichtet, daferne er nicht vermöchte, die eigene Ueberzeugung aufzugeben, und auch kein Moment entdecken sollte, aus dem hervorginge, die Röm. Jurisprudenz habe in Folge antiquirter Verhältnisse andere Rechtsansichten befolgt, sein eigenes Urtheil unter die Autorität des Röm. Rechtes zu stellen. Jenen Recurs machte ich ihm aber zur Pflicht zufolge angenommener Vortrefflichkeit der Röm. Praxis.

Keine, schlechterdings keine Autorität, habe ich der Litteratur eingeräumt, und deren Pflicht und Beruf einzig und allein darauf beschränkt, ein Hülfsmittel für das, so weit es überhaupt möglich ist, auch dem Richter obliegende Verständniss der Quellen zu sein, welches Verständniss ich schlechterdings nicht da annehme, wo man in dem Röm. Rechte etwas findet oder zu finden

glaubt, dem Niemandes Rechtsüberzeugung die Zustimmung geben wird, nicht aber auch zugleich im Stande ist, die historischen Bedingungen nachzuweisen, in Folge deren unsere und Röm. Rechtsüberzeugung auseinander gehen müssen. Nie und zu keiner Zeit bin ich bei dem richterlichen Berufe von anderen Ansichten ausgegangen, nie habe ich mein Verhältniss zu den Quellen und zur Litteratur unter einem anderen Gesichtspunkte erblickt. Das Moment, welches den litterarischen Leistungen, die ich zu unterschiedenen Rechtsmaterien veröffentlicht habe, zum vereinigenden Bindungsmittel dient, ist die Gleichförmigkeit der Methode, welche in dem Grundgedanken nie von anderen als jenen Ansichten ist geleitet worden. Ueber diese Methode mir und denjenigen, welche sich für meine Schriften, insonderheit für die Rechtsfälle interessiren, Rechenschaft zu geben in den Tagen, wo das Erscheinen des Werkes v. S.'s Anlass zu einer solchen Selbstprüfung gab, dies ist, bereits in der Vorrede bemerkter Maassen, der hauptsächliche Zweck der gegenwärtigen Schrift, und demnach liegt mir ob, wenigstens denjenigen Zweifeln und Einwendungen zu begegnen, welchen ich, weil ich selbst mir dieselben aufgeworfen habe, als scheinbar gegründete anerkennen muss. Es sind folgende:

1. Nachgewiesen zu haben, wie in einer durch ein Condominialverhältniss herbeigeführten Streitigkeit das gewöhnliche Maass der Beurtheilungsgabe des Gebildeten im Stande sein würde, frei von aller gesetzlichen oder dieser gleich gestellten Autorität die treffende Entscheidung und für dieselbe zugleich des allgemeinen Anerkenntnisses sichere Gründe zu finden, das, kann man sagen, beweise noch nicht, es sei die nämliche Möglichkeit bei allen, oder doch den meisten, oder auch nur einer bedeutenden Anzahl der Rechtsinstitute gegeben. Träte diese Möglichkeit nur selten, vielleicht nur ausnahmsweise ein, alsdann würde auch alles und jedes, was ich in Voraussetzung derselben über das Verhältniss der Praxis zu den Quellen des Röm. Rechtes und der Litteratur gesagt habe, nur ausnahmsweise wahr sein.

2. Ist ein Raisonnement, wie dasjenige, welches bei dem gedachten Condominialverhältnisse das Urthel zu finden wusste, ohne Gesetz und ohne jedes Surrogat eines solchen, in allen, den meisten oder doch vielen privatrechtlichen Verhältnissen möglich, so scheint die Jurisprudenz ganz oder doch so weit als diese Möglichkeit reicht, gar keine besondere Wissenschaft zu sein. Denn was berechtigte uns, denjenigen, der nie in eine juristische Schule gegangen ist und niemals Theil an gerichtlichen Verhandlungen genommen hat, die Fähigkeit abzusprechen, eben diese Ueberzeugungen in sich auszubilden, sobald wir ihm zutrauen, die ihn umgebenden Erscheinungen privatrechtlicher Verhältnisse auf Begriffe zurück zu führen und der aus diesen resultirenden Folgen sich bewusst zu werden?

3. Sei nun die Fähigkeit, in concreten Fällen das Recht zu finden, Gemeingut des Gebildeten, oder setze sie eine besondere, die juristische, Bildung voraus, in einem wie in dem anderen Falle, scheint sie das Röm. Recht entbehrlich zu machen, dies um so mehr, als ausgesprochen ist, dass wir nicht sollen und dürfen von demselben uns beherrschen lassen, wo es unserer begründeten Rechtsüberzeugung entgegensteht.

4. Enthalten die Römischen Rechtsbücher nichts, das um deswillen uns verbände, weil es darinne enthalten, so kann, von rein antiquarischen Zwecken abgesehen, das Studium des Römischen Rechtes nur **den** haben, die juristische Bildung zu fördern und zu steigern. Ist ihm aber wirklich eine Classicität eigen, die es dazu tauglich machte? War die Röm. Praxis in den Tagen, wo sie dem Leben angehörte, so ausgezeichnet, als ich angenommen habe? Ist diese Vortrefflichkeit, dafern sie überhaupt jemals vorhanden war, nicht wenigstens für uns eine antiquirte? Mit Sicherheit lässt sich nur dann an dieselbe glauben, wenn wir den ersten Keim und die Bedingungen ihrer Entwickelung begreifen. Mit anderen Worten, es ist nöthig zu wissen: **worauf eine vernünftige Verehrung des Röm. Rechts beruhet?** Denn nicht vermag ich für eine solche diejenige anzusehen, in

welche mancher Praktiker einstimmt, obschon er für Röm. Recht ausgiebt, was Niemandem und ihm selbst nicht zusagt. Noch bedenklicher wird mir die der Theoretiker. Letztere theilen sich in dieser Beziehung bereits in drei Lager, von denen zwei dem Röm. Rechte die Ehre abschneiden, das eine, weil überhaupt, soll etwas gut scheinen, es zuvor von einem seiner Häuptlinge muss construirt sein, das andere, weil es der leidigen Unbequemlichkeit, des Misbehagens müde ist, das von dem recipirten Gebrauche des Röm. Rechtes allerdings sich nicht trennen lässt. Was davon auf Justinian's, was davon auf unsere Rechnung zu setzen sei, danach fragt es nicht. In dem Perhorresciren des „steifleinenen Gajus" — irre ich mich in dem Epitheton, so habe ich doch jedenfalls nur ein Synonymum mit dem andern verwechselt — hat die Gesinnung dieses Lagers sich am stärksten ausgesprochen. Des dritten enthusiastische Verehrung könnte das Röm. Recht für die Nichtachtung entschädigen, in der es bei den anderen steht. Sieht man aber, dass eben dieser Verehrung ohngeachtet, die wunderbarsten Sachen als alleräechtestes Röm. Recht gelehrt werden, so sind entweder die Lehren falsch oder die Quellen, denen sich keine besseren Lehren entnehmen lassen, nicht der preiswürdigsten Natur. In den nachstehenden Betrachtungen hoffe ich, den aufgeworfenen Zweifeln und Einwendungen zu begegnen.

§. 9.

In welchem Umfange war in Rom die Möglichkeit einer von positiven Normen unabhängigen Rechtspflege gegeben.

Die Frage: inwieweit es möglich sei, Recht zu sprechen, ohne positiver Gesetze benöthiget zu sein, im Allgemeinen und anders als in Beziehung auf einen irgendwo gegebenen oder einen angenommener Maassen gegebenen Rechtszustand zu beantworten, das ist unausführbar; denn die Gesammtheit des bürgerlichen, sittlichen und intel-

lectuellen Zustandes jeder Nation ist ein eigenthümlicher, in steten Wandlungen begriffener, die nach gewissen Zeiträumen äusserlich wahrnehmbar werden, und die Rechtspflege ist ein integrirender Bestandtheil der wechselnden Erscheinungen, in welchen sich periodisch die Gesammteigenthümlichkeit der Nation ausspricht. Zwar erblicken wir überall gewisse privatrechtliche Institute, die, wie z. B. Verjährung, Erbrecht, zu jeder Zeit ein unabweisbar aus der bürgerlichen Verbindung mit Nothwendigkeit hervorgehendes Bedürfniss und zwar solcher Art waren, dass denselben ohne positive Normen nicht genügt werden kann; doch folgt daraus im Allgemeinen weiter nichts, als dass zu Gestaltung gewisser Rechtsinstitute ein gesetzlicher Imperativ unerlasslich ist, nicht aber, wie gross die Anzahl dieser Institute sei und wieviel des positiven Stoffes dadurch nöthig werde. Unsern heutigen Rechtszustand in das Auge fassen und in Hinsicht auf ihn die Antwort finden zu wollen, das ist zunächst unthulich; denn schwankend zwischen den geschilderten Extremen der Praxis ist er sich überhaupt seiner selbst gar nicht deutlich bewusst. Erst dann wird von einem auf ihn anwendbaren Resultate die Rede sein können, wenn eine Maxime des Verhaltens gefunden ist, welche es möglich macht, in jener hin und her schwankenden Verworrenheit festen Fuss zu fassen. Ich wende demnach mich zu einem Rechtszustande, der, wie viel er auch, sobald wir tiefer in das Detail desselben einzudringen versuchen, des uns Unverständlichen zeige, dennoch in der angegebenen Beziehung einen sichern Ueberblick möglich macht, ich meine den Römischen. Hier sind vor allen Dingen zwei Gegensätze bemerklich zu machen.

Jene steten Conflicte, in welche das richterliche Amt entscheidend und ordnend einzugreifen bestimmt ist, haben immer und ewig zum hauptsächlichsten Gegenstande dasjenige, was wir Habe, Gut, Vermögen nennen. Das ist es, weshalb, Rabelais Worte zu gebrauchen, *les humaines veiglent, courent, travaillent, navigent et bataillent.* Selbst die Rechtspflege ist eine und nicht die unbedeu-

tendste Form dieses ewigen *travailliren* und *bataillíren.* Und doch bilden jene Güter nicht den letzten Zweck solchen Treibens, welches, wenn es sich über sich selbst Rechenschaft giebt, jenen Gütern nur um deswillen nachjagt, weil ihr Besitz die Bedingung höchster Freiheit des eigenen individuellen Willens ist. Diese und somit dasjenige, was jeder Mensch für das höchste Gut achtet, sicher zu stellen und zu erweitern, sind jene Güter das wichtigste und wirksamste Organ. Somit läuft alles und jedes, was der Einzelne allüberall und daher auch von dem Staate und von dessen verschiedenartigen Gewalten verlangt, auf Freiheit des Individuums, Sicherstellung und möglichste Erweiterung dieser Freiheit hinaus. Auch der Einsichtsloseste bemerkt von selbst, dass er hier eine Schranke wird anerkennen müssen, weil das jedem Anderen von Natur angeborene gleiche Streben nicht geneigt sein wird, ihm einzuräumen, was keinem Anderen einräumen zu müssen sein Wunsch und Bestreben ist. Hier nun aber tritt uns, erwägen wir, wie einerseits die von uns sogenannten alten Völker den Conflict der freien Individuen ausglichen, andererseits die uns umgebende Welt eben diese Ausgleichung versucht, ein ungeheurer Gegensatz vor die Augen.

Der heutigen Gesellschaft künstliche und überaus complicirte Verhältnisse erzeugen auf jedem Schritte der Conflicte und der compensirenden, diese Conflicte auszugleichen bestimmten gegenseitigen Hemmnisse der Individuen so viele, dass es nicht übertrieben ist, zu behaupten, hierin gehe der grösste Theil des Lebens auf. Das erkennt man auch im Allgemeinen an; wie denn aber überhaupt unsere Zeit stark in den Abstractionen ist, so tröstet auch über diese durch alle Lebensbeziehungen hindurch bindenden und gebundenen Verhältnisse die Abstraction. Wir erfreuen uns der Sicherheit, der Wohlfahrt und des Gedeihens, das zahllose Einrichtungen dem Bürger an sich, einem Individuum, das nur in der Abstraction existirt, verbürgen sollen, und sind hin und wieder vollständig darüber getröstet, dass der Bürger in concreto in einem Zustande lebt, von dessen Gebundenheit der Athe-

niensische Bürger, der Römische, dieser jedenfalls in seinen uns bekanntesten ältesten Nationalzuständen, keine Ahnung haben konnte. Unbegreiflich wäre es diesem gewesen, wie eine Freiheit da könne angenommen werden, wo, um der Wohlfahrt Aller willen, nicht einmal jeder Einzelne lernen und erwerben darf, was und wie er will. Die alten Völker bei ihren für alle Abstractionen unempfänglichen naturgemässen Ansichten kannten keine andere Freiheit, als die reale höchste Freiheit des Individuums. Nicht alle Individuen konnten sie haben. Sie blieb also auf den Bürger und Hausvater beschränkt; einem solchen war jedes der anderen Individuen unterworfen. Das Haus und die Familie des Bürgers und Hausvaters war das Gebiet, in dem dieser mit höchster individueller Freiheit, mit souveräner Willkühr herrschte. In Beziehung auf diesen Kreis konnte nur wenig von einem Privatrechte und positiven Normen desselben die Rede sein. Die wichtigsten Rechtsfragen waren die, auf welche Weise hausherrliche und väterliche Gewalt erworben und aufgehoben werde, und in der Natur der Sache lag es, dass diese mehr von traditionellen Gewohnheitsrechten als positiven Normen abhängig sein mussten, denen sich zu unterwerfen, man bei dem Bewusstsein souverainer Gewalt in dem nächsten Umkreise der Persönlichkeit überhaupt nur wenig geneigt war.

Jetzt unterscheide man drei wichtige Momente in den Röm. Rechtsverhältnissen. Jene höchste souveraine Gewalt in dem Hause und der Familie wäre gar nicht möglich gewesen, ohne dass ein jeder solcher Kreis ein in sich selbst völlig abgeschlossener blieb, was wiederum unmöglich gewesen wäre, wenn nicht alle denselben erfüllende Individuen in ihm die Befriedigung aller Bedürfnisse gefunden hätten. Dies konnte der Fall nur in einer von Ackerbau so einfach lebenden Gemeinde sein, dass sie kein Bedürfniss kannte, wodurch dasjenige wäre in das Leben gerufen worden, was wir Industrie nennen, und indem es stete Wechselwirkung mannichfacher in einander greifender Kräfte erzeugt, dem Privatrechte ein immer weiter ausgedehntes Feld eröffnet.

Wie man schon in den allerältesten Zeiten nicht ohne jeden austauschenden Verkehr kann gewesen sein, so musste er sich, obschon zunächst nur in den Gränzen des Staatsgebietes — bekannt ist der Römer älteste Abgeschlossenheit gegen alles Fremde — auch immer mehr erweitern und selbst die Gestalt des industriellen Commerzes*) annehmen. Somit waren privatrechtliche Geschäfte und durch dieselben veranlasste Privatrechtstreitigkeiten in das Leben getreten. Auf die Form, in welcher erstere sich gestalteten, war jener Geist höchster individueller Freiheit, den jedes rechtsfähige Subject als sein unveräusserliches Element betrachtete, von dem wirksamsten Einflusse, ja er hat in den Formen der privatrechtlichen Geschäfte jener Zeit sich auf das Lebendigste ausgeprägt. Allgemein einverstanden war man nämlich zu jener Zeit darüber, zwischen den Interessenten mache kein Geschäft zu Rechten und Verbindlichkeiten dasjenige, was eines Richters Urtheil für nothwendige Folge des Geschäftes ansehen möchte, sondern der Buchstabe des Gesetzes sei allentscheidend. Was nicht wörtlich zugesagt war, das existirte nicht; keine Verbindlichkeit, z. B. für dolus und culpa zu haften, war sie nicht ausdrücklich übernommen worden, und auch alsdann nur insoweit, als der buchstäbliche Sinn der Worte reichte. Dass der Privatmann dem Privatmanne persönlich könne verbunden werden durch blos thatsächliches Verhältniss und ohne alle und jede entsprechende Willenserklärung, davon hatte man keine Vorstellung. Dass z. B. eine negot. gestio Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen könne, das ist urkundlich erst durch ein Edict des Prätors recipirte Praxis geworden. Dieselbe Wahrnehmung bestätiget das prozessualische Verfahren auf noch sprechendere Weise, obschon unserer Zeit es an allen Analogien fehlt, ver-

*) Dass dessen unmittelbarer Betrieb bis in sehr späte Zeiten hinab den Sclaven überlassen wurde, ist gleichgültig, da man bald zu Mitteln und Wegen gelangte, wodurch des Bürgers Geschäften mit dem Sclaven eines anderen Herren oder den Sclaven verschiedener Herren unter einander ausreichende Garantien in der Persönlichkeit der Herren gegeben wurden.

mittelst welcher sie sich die Möglichkeit eines solchen Verfahrens möchte anschaulich machen. Noch in späterer Zeit, also gewiss noch mehr in früherer und frühester, reducirte sich das, was wir Prozess nennen, auf eine Reihe von Handlungen, die keine andere als vertragsmässige Bedeutung und Geltung hatten. Denn wenn gleich wir nicht im Stande sind, zu ermessen, wie das Coercitive eines Prozesses in Formen erlangt werden konnte, die auf vertragsmässigen und insofern freiwilligen Handlungen beruhten, so ist doch alles hier Gesagte die buchstäbliche und allgemein bekannte Wahrheit. Demnach begnüge ich mich für den Fall, dass ja einer oder der andere Praktiker an der Wahrheit meiner Worte zweifeln sollte, ihn zu verweisen auf Weber über die natürliche Verbindlichkeit, Ausg. 4. §. 6. S. 12. u. 13. und Malblanc doctrina de jurejurando. §. 39. pag. 106. Fast null musste das Bedürfniss nach Gesetzen in Betreff privatrechtlicher Gegenstände zu einer Zeit sein, wo über dasjenige, was in einem vorliegenden Verhältnisse Rechtens sei, nur in Gemässheit dessen geurtheilt wurde, was die Interessenten durch die Worte des Contractes im Voraus zum Gesetze für den concreten Fall gemacht hatten. So z. B. leistete der Verkäufer dem Käufer keine Schadloshaltung hinsichtlich des verkauften Ackers, auf welchem, wie sich nach der Uebergabe fand, einem Dritten eine servitus itineris zustand. Deutlich geht dies daraus hervor, dass man sonst keine Formel hätte zu erfinden gebraucht, nach welcher der Verkäufer das Grundstück servitutenfrei zu gewähren verbunden wurde. M. s. l. 90. de V. S. (50. 16.)

Qui, uti optimae maximaeque sunt, aedes tradit, non hoc dicit, servitutem illis deberi, sed illud solum, ipsas aedes liberas esse, hoc est, nulli servire.

Noch überzeugender sind die Worte des Cicero in Lb. III. cp. 16. de officiis: quum ex XII. Tabulis satis esset ea praestari, quae quis nuncupatus esset etc.

Von eigenthümlichen und sehr günstigen Folgen war ein solcher Rechtszustand für das Rechtsbewusstsein, für die Bildung des Juristen. Während wir verlangen, durch

Gesetze darüber belehrt zu werden, was die wesentlichen und die natürlichen Folgen dieses oder jenes, so oder so prädicirten Geschäftes sind, ging diese Einsicht den Römern in der Praxis selbst auf. In dem Maasse, wie in der Praxis das Gefühl lebendig wurde, welche Folgen sich mit einem Geschäfte verbinden müssten, wenn dasselbe dem Zustande entsprechen sollte, den dadurch herbeizuführen die Absicht der Interessenten gewesen war, in dem Maasse war man darauf bedacht, die Fassung der Worte so zu stellen, dass sie den erweiterten Ansprüchen genügten. Z. B. inne zu werden, dass der Verkäufer für Eviction der verkauften Sache einzustehen habe, dies kann, hätte es eine Zeit gegeben, wo man sich dessen noch nicht bewusst war, jedenfalls keine lange Zeit erfordert haben, und man erfand die stipulatio duplae. Wie es hier auf der Hand liegt, dass den Verkäufer bei nur theilweis erfolgter Eviction die gleiche Verbindlichkeit in proportionellem Maasse treffen müsse, so ist es ganz naturgemäss, dass man dieses aus dem umfassenderen Bedürfnisse sich abzweigende, weniger umfassende Bedürfniss erst später erkannte, und noch Paulus, in dessen Tagen längst aller Zweifel darüber verschwunden war, ob der Verkäufer, so wie für evictio totius rei, so auch partis ejusdem einstehen müsse, hält es nicht für überflüssig zu bemerken — m. s. l. 56. §. 2. de evict. et d. stip. (21. 2.) — in stipulatione duplae, cum *homo* venditur, *partis adjectio necessaria est*, quia non potest videri *homo* evictus, quum *pars ejus* evicta est. Schritt vor Schritt lässt sich nachweisen, wie allen Verbindlichkeiten, die das heutige Rechtsbedürfniss durch einen Kauf begründet zu sehen verlangt, in entsprechenden Formeln von der älteren Jurisprudenz vorgesorgt ist. Erfahrung, könnte man sagen, und Schaden, die beiden eindringlichsten Unterrichtsmethoden, haben die Römer klug im Fache der Jurisprudenz gemacht. Denn das Nämliche, was ich hier von dem Kaufe gesagt habe, gilt von den allermeisten rechtlichen Beziehungen; überall das gleichmässige Fortschreiten der Praxis in Erkenntniss dessen, was das Rechtsbedürfniss mit sich bringt, und überall dem ent-

sprechende Ausbildung der demselben adäquaten Formeln. Eine ächte und unsere Erkenntniss des Fortschreitens der Verhältnisse des Röm. Lebens wirklich fördernde Rechtsgeschichte wäre die, welche, soviel möglich, jene Ausbildung des juris civilis durch alle Haupt- und Nebenparthien bis in das kleinste Detail verfolgte. Der nämliche Anspruch auf höchste subjective Freiheit der Individuen, welcher es mit sich brachte, dass man nur zu dem verbunden sein wollte, was die Betheiligten selbst zum Gesetz für den concreten Fall gemacht hatten, brachte es mit sich, dass die Worte, mit denen ein Geschäft war errichtet worden, im allerstrengsten grammatischen Sinne ausgelegt wurden. Eine Auslegung nach der vorauszusetzenden Absicht hätte sich zum Gesetzgeber über die Interessenten aufgeworfen, die ihre eigenen Gesetzgeber hätten sein wollen. Die allerstrengste reinwörtliche Auslegung musste aus gleichem Grunde in allen den wenigen Fällen Platz ergreifen, wo die Anwendung eines eigentlichen Gesetzes eintrat. Als stimmberechtigte Mitglieder der Gemeinde und integrirende Bestandtheile derselben hatten die Betheiligten diese allgemeine Norm sich eben so selbst gegeben, wie die specielle für das concrete Contraktsverhältniss. Keinem Einzelnen, keinem Richter war verstattet, an diesem souverainen Willen mit Auslegungen zu deuteln und zu mäkeln. Jeden Ausspruch eines Gesetzes, jede legem contractus, jeden letzten Willen in jeder Beziehung, wo die Rechtsanwendung Streitigkeiten hervorrief, haarscharf in dem buchstäblichen Sinne aufzufassen, weil Rechtens dasjenige war, was mit Evidenz als in diesem Sinne begriffen erschien, hingegen nicht Rechtens dasjenige, wofür nicht der Buchstabe sprach, nach gleichen Grundsätzen den Gang des Prozesses zu verfolgen, für jedes Rechtsverhältniss, dessen Bedeutung und Umfang noch in keinen allgemein genehmigten und für zweckmässig anerkannten Formeln anschaulich und übersichtlich geworden war, die entsprechende Formulargestaltung zu finden, das konnte nicht die Sache eines jeden aus dem Volke sein, dazu reichte nicht aus, dass man bei einem Geschäfte oder einer Rechtsstreitigkeit

das Bedürfniss fempfand und den Wunsch, dasselbe befriedigen zu können; sondern dies alles erforderte eine Uebersicht des gesammten bereits vorhandenen Formelwesens und Sicherheit in dessen bisherigem Verständnisse und Gebrauche. Beides war hauptsächlich Sache der Uebung, ohne die man sich weder den Sinn noch die Fertigkeit anzueignen vermochte, welche nöthig war, um bei Untersuchungen, wie wir sie z. B. in l. 25. pr. §. 1. de V. S. finden*), eine Stimme zu haben. Zeitig musste sich also der Stand der Juristen bilden, und die hervorragende Stellung, die ihm die Wichtigkeit seines Berufes gab, der Natur der Sache nach, derjenigen Classe der Gemeindemitglieder anheimgefallen, bei der ohnehin das politische und intellectuelle Uebergewicht war, der patrizischen Classe. Man sieht, wie unter solchen Umständen die in die Hände der Aristokratie gegebene juristische Praxis, indem sie das Formelwesen inne hatte, zugleich den Rechtszustand mit erschöpfendem Bewusstsein durchdrang, und ohne alle positive Normen, sicher wurde in concreten Fällen, alle von den einschlagenden Rechtsinstituten auslaufende Consequenzen richtig aufzufassen, und solchergestalt Niemand ein Bedürfniss nach Gesetzen empfinden konnte, wodurch die Folgen der Rechtsinstitute normirt wurden. Auch war diese höchst geistreiche, durch das eigene Urtheil ihrer Aufgabe vollkommen gewachsene Praxis, keiner Wissenschaft benöthiget, keiner abstracten, zu einem materiellen Systeme vereinigten Begriffe**). Denn wie die Formeln sich durch die Praxis gebildet hatten, so konnten sie auch nach Maassgabe des Bedürfnisses sich in dieser weiter fort ausbilden. Dass man noch in Cicero's

*) Recte dicimus eum fundum **totum nostrum** esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter, nec falso dici **totum meum** esse, cujus non potest ulla pars dici, alterius esse. §. 1. Quintus Mucius ait, **partis** appellatione rem pro diviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse; Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.

**) Die Praxis in einem formellen Systeme übersichtlich zu machen, ist die Aufgabe, die sich Gajus gestellt hat.

Tagen ein grosser Jurist sein und doch ziemlich tief unter dem wissenschaftlichen Standpuncte der Gebildetsten der Zeit stehen konnte, beweist, was dessen Topica im Eingange von dem C. Trebatius berichten. Von ohngefähr fallen diesem in Cicero's Bibliothek des Aristoteles Topica in die Hände. Auf die Frage, wovon die Schrift handle, eröffnet ihm Cicero, was der Verfasser zu lehren beabsichtiget habe, und nun begehrt Trebatius, Cicero möge ihm jene Lehren auseinander setzen. Doch Cicero empfiehlt ihm, lieber diese Schrift selbst zu lesen oder sie a doctissimo quodam rhetore sich erklären zu lassen. Allein da Trebatius keinen für diesen Zweck genugsam unterrichteten rhetor zu finden vermag und von dem eigenen Studium ihn die Dunkelheit des Werkes zurückstösst (a libris obscuritas rejecit), begiebt sich Cicero daran, ihm jene Lehren in accommodirter Form mitzutheilen. Was würden wir von der Wissenschaftlichkeit eines Juristen unserer Tage denken, dem ein vollkommen glaubhafter Zeuge nachsagte, in der Bibliothek eines Freundes wären demselben Cicero's Bücher de inventione in die Hände gefallen, er habe gefragt, wovon dieselben handelten, und so weiter fort bis zur obscuritas a libris rejiciens!

So gross einerseits der Gegensatz ist, welchen zu dem uns umgebenden Rechtszustande der Römische dadurch bildete, dass er die Nothwendigkeit, ja Möglichkeit einer Gesetzgebung über privatrechtliche Gegenstände fast gänzlich ausschloss, und dies zwar ohne dadurch eine Lücke entstehen zu lassen, welche auszufüllen man einer Wissenschaft oder gar eines gelehrten Wissens wäre benöthigt gewesen, so eigenthümlich ist andererseits die Gewöhnung, zu der er den Juristen, ich möchte sagen, unfehlbar auferzog. Da das geistige Element seiner Praxis in der Sicherheit grammatischer Auslegung und in conceptionibus verborum bestand, von deren Interpretation er voraussetzen durfte, sie werde keinen andern, als den von ihm mit den Worten verbundenen Sinn verstatten, übte er eine Schärfe des Urtheils, des distinguirenden Verstandes, wie keine andere Praxis sie erheischt und zu

üben Gelegenheit giebt*). So erlangte er die Befähigung, jeden vorliegenden Fall mit gewandtem und treffendem Scharfsinn auf die höchste und einzige Frage zurückzuführen, von welcher die richtige Entscheidung eines jeden reiflich erwogenen Falles abhängt; und wie der Mathematiker auch da, wo er benannte Grössen berechnet, dennoch ihren Benennungen keinen Einfluss auf das Wesentliche der Operation verstattet, sondern bei dieser einzig und allein danach fragt, welche in unbenannten Grössen ausgesprochene mathematische Formel das nämliche Verhältniss setzt, das ihm in den benannten Grössen als gegebener Ausgangspunct der Operation vorliegt, so musste auch der Röm. Jurist das Rechtsverhältniss rein an sich in das Auge fassen, ohne Rücksicht auf die Individuen und Sachen, die dessen Träger waren, oder auf Umstände zu nehmen, die keine Factoren eben dieses Verhältnisses waren. Denn die Subsumtion des Rechtsverhältnisses unter die abstracte Formel nöthigte die dasselbe darstellenden Momente als unbenannte juristische Grössen zu behandeln. Die Thätigkeit der Röm. Juristen unter diesen Gesichtspunkt stellend, mache ich es mir begreiflich, wie Leibnitz (Tom. IV. pag. 268. u. 269. Oper. Genevae apud fratres de Tournes) an ihnen die mathematische Schärfe des Urtheils rühmen kann. „Dixi saepius post scripta Geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit. Tantum nervi inest, tantum profunditatis et quemadmodum remotis titulis et caeteris operis integri indiciis demonstrationem lemmatis alicujus geometrici ex Euclide aut Archimede aut Apollonio aegre discernas et ad auctorem suum aegre referas, adeo omnium idem stylus videtur *tanquam ipsa recta ratio per horum virorum ora loqueretur:* ita jurisconsulti etiam Romani sibi gemelli sunt, ut sublatis indiciis, quibus sententiae aut argumenta distinguuntur, di-

*) Wer das Studium der alten Schriftsteller blos als Mittel zu formeller Verstandesbildung empfiehlt, der müsste vor allen die Fragmente der Röm. Juristen dazu empfehlen. Die Feststellung der Begriffe von dare, reddere, facere, praestare ist ein unübertreffliches Muster logischer Schärfe.

stinguere stylum aut loquentem vix possis. Nec uspiam juris naturalis praeclare exculti uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus sive ex majorum traditis, sive ob leges novas, ipsae consequentiae ex nova hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus additae mirabili ingenio nec minore firmitate deducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur quam vulgo videtur."

Ohnstreitig aber muss man als das goldene Zeitalter der Jurisprudenz dasjenige preisen, wo diese Schärfe des juristischen Urtheiles das nothwendige Ergebniss des Rechtszustandes war. Alle Verhältnisse des Lebens musste dieses Ergebniss bildend durchdringen. Denn kaum steht irgend eines ausser aller Verbindung mit dem Rechtszustande. Wie also wäre es möglich gewesen, dass der klare und tüchtige in diesem waltende Sinn seine Aeusserungen nur auf das juristische Gebiet hätte beschränken mögen, nicht die gleiche Schärfe des Geistes auch in jedem benachbarten Gebiete zur Erscheinung gekommen und nicht überhaupt die herrschende Seite Röm. Intelligenz geworden wäre. Gar Manchem wird es Uebertreibung scheinen, und dennoch ist es unabläugbare Wahrheit, dass die juristische Methode der Römer Früchte auch da getragen hat, wo wir es am wenigsten vermuthen möchten, unbewusster Weise sich derselben mancher Verehrer der Röm. Litteratur erfreut, der die juristischen Bestandtheile derselben als unbekanntes Land seitabwärts liegen lässt. Die Behauptung zu rechtfertigen, folgende Erläuterung derselben.

Einverstanden sind die Verständigen darüber, dass als Werk der Sprache, als von keinem auch der griechischen Classiker übertroffen, durchaus unvergleichbar und einzig die Historien und Annalen des Tacitus dastehen. Eine Seite dieser Trefflichkeit ist der unendlich gedrängte, jedoch eben durch diese Gedrängtheit der Sprache, vermittelst der höchsten Präcision alles in klarste Anschauung setzende, vorzugsweise in antithetischer Form sich bewegende Styl. Da nun aber jeder grosse Schriftsteller gross nur dadurch ist, dass er das geistige Element seiner Zeit und seines

Volkes uns in allerhöchster Potenz vergegenwärtiget, so frage ich mich, in welcher Richtung Röm. Intelligenz waltet die gleiche Schärfe des Geistes, diese concentrirteste, das Object erschöpfend auffassende und darum jederzeit auch der Gegensätze sich bewusste Betrachtungsweise vor, durch die, wäre sie keine Röm. Eigenthümlichkeit gewesen, auch der Römische Tacitus sich nicht von den griechischen Historikern in eigenthümlicher Römischer Trefflichkeit unterschiede? Ich vermag keine andere zu entdecken, als die juristische; denn die rhetorische Bildung der Römer war ihnen keine eigenthümliche, sondern bei den Griechen in die Schule gegangene.

Jedoch mich zurückwendend zu dem Werthe, den die Formularjurisprudenz für die Praxis hatte und den ich darinne fand, dass sie es zu Zwang und Nothwendigkeit machte, jedes concrete Rechtsverhältniss in der Abstraction aufzufassen, mit welcher wir uns des Rechtsinstitutes bewusst sind, unter dessen Categorie es begriffen ist, bemerke ich, wie ohne solchen äusseren Zwang der Richter gar häufig der Versuchung erliegt, Bestandtheile des Concreten auf sich einwirken zu lassen, die nicht auf ihn einwirken sollten, weil er den Grund, aus welchem er dasselbe auf sich einwirken lässt, aus keiner allgemeinen Regel abzuleiten vermag. So z. B. wenn (m. s. Bd. 3. der Rechtsfälle S. 50.) eine Person, welcher die Rechtsunkunde nachgesehen wird, eine Zahlung als indebite geleistet condiciren will, so reicht zu diesem Zwecke der Beweis aus, die Verbindlichkeit, zu deren Tilgung die Zahlung bestimmt war, sei eine nach formellen Kennzeichen vorhandene gewesen, z. B. also: es habe eine cautio indiscrete loquens eingelöst werden sollen. Gewonnen ist der Prozess, dafern nicht der Gegner beweist, die formelle Verbindlichkeit sei das Mittel gewesen, wodurch eine wirklich vorhandene materielle habe gedeckt werden sollen. Das ist vollkommen in der Ordnung; denn man vermag den Ausschlag, den hier die persönliche Qualität des Klägers giebt, auf eine allgemeine Regel zurückzuführen. Will man aber bei der Auslegung von Verträgen die grammatische Auslegung aufgeben, weil

der Contrahent ein schlichter Landmann oder einfacher Bürger gewesen sei, der die Worte nicht so auf die Goldwage zu legen pflege, wie es wohl der Jurist thue, so verfällt man in das völlig Ungeregelte; denn wo fände sich die Grenze, die von denjenigen Personen, welchen man zutrauen darf, jederzeit verbänden sie mit ihren Worten den adäquaten Sinn, diejenigen abschiede, bei denen jenes Zutrauen hinwegfallen müsse. Das Röm. Formularwesen schützte vor diesem Abwege, auf welchen unsere heutige Praxis so häufig aus übel angebrachter Gutmüthigkeit geräth, die sehr übel angebracht ist, weil sie das erste Requisit eines geordneten Rechtszustandes, die gleichmässige Ordnung untergräbt.

Ich habe bis hierher gezeigt, wie die Röm. Praxis in den älteren Zeiten das allergeringste Bedürfniss nach Gesetzen hatte, und zugleich diese Praxis eine höchst vortreffliche war, weil die Formeln, die Regulatoren der Praxis, Schärfe der Begriffe unerlässlich und Verwirrung derselben unmöglich machten. Da man nun aber einverstanden und nicht zu bestreiten ist, dass bereits zur Zeit der classischen Juristen der Gebrauch des älteren Civilrechtes zwar nicht verdrängt war, jedoch seine Herrschaft mit dem jure gentium theilte, so dass beinahe in allen Materien neben dem jure civili das jus gentium, und die dem jure gentium angehörenden Bestandtheile der Justinianeischen Rechtsbücher die interessantesten für uns sind, denen die Formularjurisprudenz der Rechtsantiquitäten verfällt, so fragt es sich, lässt sich von der Röm. Praxis auch derjenigen Zeit, in welcher das jus gentium ausgebildet erscheint, behaupten, sie hatte das allergeringste Bedürfniss nach Gesetzen, sie war eine vortreffliche Praxis?

§. 11.

Fortsetzung.

Beschwerlich musste ein Rechtszustand der eben geschilderten Art werden, als bei vorgeschrittenen Lebensverhältnissen der austauschende Verkehr sich gesteigert

und die rechtlichen Beziehungen sich gemehrt haben, in welche Individuen zu Individuen treten mochten. So z. B. wird man es nach und nach lästig gefunden haben, ein Pfand nicht auf die heutzutage übliche kürzeste Weise bestellen zu können, sondern zu diesem Zwecke eine mancipatio und ein pactum fiduciae nöthig zu haben, der Form nach veräussern zu müssen, wo man der Sache nach nur verpfänden wollte.

Hierzu kam, dass unter solchen Umständen aller Verkehr mit Fremden sehr erschwert, zum Theil unmöglich war. Die Formeln und Geschäftsformen waren etwas so ganz eigenthümlich National-Römisches, dass daran der Fremde keinen, oder doch keinen unmittelbaren, sondern nur durch Fiction ermittelten Antheil nehmen konnte. Genöthigt war man also, von dem Formelwesen unabhängige Rechtsinstitute anzuerkennen, und zwar alle diejenigen, welche überall Bedürfniss sind, wo man einen geordneten Rechtszustand in Anspruch nimmt. Diese Rechtsinstitute wurden unter dem Collectivnamen jus gentium begriffen.*) Daraus, dass das jus gentium diejenigen Institute umfasste, welche man für Bedürfniss des Rechtszustandes anerkannte, überall wo ein solcher sich fände, folgt: dass jedes bereits in dem jure civili ausgebildete Rechtsinstitut, das nicht in blos Römischen Nationalverhältnissen wurzelte, zugleich ein Bestandtheil des juris gentium war, dass ein Rechtsinstitut dem juri gentium und zum Theil dem juri civili angehören konnte, dies insoweit es in einzelnen Beziehungen localnationeller Art war. So z. B. sind väterliche Gewalt und Ehe ein Institut, das wir anerkennen müssen, wo wir nur irgend den Rechtszustand als gegeben annehmen; um nichts weniger aber war die Römische väterliche Gewalt, war die Römische Ehe durch conventio uxoris in manum mariti

*) Ich verweise auf Dirksen vermischte Schriften Bd. 1. Berlin 1841. Neunte Abhandlung: über die Eigenthümlichkeit des jus gentium nach den Vorstellungen der Römer S. 200. flgde. Durch dieses Citat will ich meine Ansichten nicht auf eine Autorität stützen, denn so wenig mir widerspricht, was am a. O. jener Gelehrte sagt, eben so wenig geht er von gleicher Grundansicht aus.

ein Rechtsinstitut, das persönliche Zustände hervorrief, die nicht bei jedem Volke sich an väterliche Gewalt und Ehe knüpften, und also auch die Römer nach ihrer rein empyrischen Auffassung dessen, was sie jus gentium nannten, sobald sie das Augenmerk auf jene eigenthümlichen Zustände richteten, nicht dem juri gentium*), sondern nur dem juri civili beizählen konnten. Andererseits wird man aber auch kein Rechtsinstitut des juris civilis finden, dem nicht ein anderes des juris gentium analog wäre; ja manche Rechtsinstitute haben erst in dem jure gentium die übersichtliche Gestaltung angenommen, namentlich dasjenige, was in seiner intensiven Wichtigkeit keinem anderen nachsteht, und insofern als das Gebiet, in dem es zur Erscheinung kommt, sich über alle Lebensverhältnisse ausbreitet, das allerwichtigste ist, der Vertrag. Bei diesem bleibe ich stehen, um zu erläutern, was hier über jus gentium zu sagen ist. Sämmtliche dem Vertrage als generellem Begriffe sich unterordnende specielle Verträge treten als Consensual- und Realcontracte, Kauf, Miethe u. s. w., commodatum depositum u. s. w. nicht eher als in dem jure gentium auseinander, während dieser Verträge materieller Unterschied in dem jure civili untergeht, in der allen gemeinschaftlichen Form des Vertrages, der Stipulation**), die nur selten (wie z. B. in Fällen der fidejussio) einen besonderen Namen, nach Massgabe des besonderen Geschäftes annimmt, das in der stipulatio seinen Ausgang findet. Hier nun ist es eine eben so merkwürdige als unbesreitbare Thatsache, dass die Röm. Jurisprudenz das unter der Cate-

*) Gajus Lib. 1. §. 55. Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus: quod jus proprium civium Romanorum est. Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus; idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significavit.

**) Das was die Römer litterarum obligatio nannten, ist nicht sowohl ein Vertrag als die Erfüllung einer bereits gegebenen Obligation, dies ohngefähr in der Maasse, wie derjenige, der heutzutage einen eigenen Wechsel ausstellt, damit keine selbstständige Verbindlichkeit contrahirt, sondern eine contrahirte in besonderer Form zu erfüllen

gorie Vertrag begriffene Institut des juris gentium vollständig in allen einzelnen Abzweigungen beherrscht hat, nie und in keinem Falle um eine Entscheidung in streitigen Vertragsverhältnissen ist verlegen gewesen, obschon die Röm. Gesetzgebung über Verträge nicht viel mehr als ein unbeschriebenes Blatt war. Ein kurzes Aedilizisches, den Kauf betreffendes Edict kann hier nicht in Betracht kommen, und wenn es in dem Edicte des Prätors heisst (l. 1. pr. commodati vel contra. 13. 6.): quod quis commodasse dicetur, de eo actionem dabo, so ist damit weiter nichts ausgesprochen, als Anerkenntniss dieses Bestandtheiles des juris gentium, schlechterdings nichts, was hinsichtlich des Commodates Rechtens sein soll. Demnach ist die Möglichkeit bewiesen: nur des Begriffes eines Rechtsinstitutes braucht man sich im Allgemeinen und in seinen einzelnen Bestandtheilen bemächtigt zu haben, um alle dahin einschlagende Streitigkeiten entscheiden zu können. Denn ein factum ist es, dass die Röm. Juristen keinen anderen Anhaltungspunkt hatten. Eben so ist es thatsächlich gewiss, dass man mit keinem anderen als mit diesem Mittel ausgerüstet, vortrefflich Recht sprechen kann, denn das müssen die Röm. Juristen gekonnt haben, weil die entgegengesetzte Annahme der Unglaublichkeit Glauben schenkt, ihre Entscheidungen hätten sich unverdienterweise in den Credit setzen können, in dem sie bis in die neuesten Zeiten gestanden haben, und des grossen Leibnitz Ausspruch über den Werth ihrer Leistungen liefe auf ein nichtiges Vorurtheil hinaus. Hiermit, glaube ich aber auch, ist sofort der Massstab gegeben, nach dem einerseits das Geschrei zu würdigen ist, mit welchem man einheimische Gesetz-

beabsichtiget. M. s. Gajus Lb. III. §. 128.—130. Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscriptitiis. Fit autem nomen transscriptitium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. §. 129. A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. §. 30. A persona in personam transscriptio fit veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

gebungen für das Privatrecht fordert, und andererseits die Geringschätzung, mit welcher man heutiger Capacität die Fähigkeit zu Ausarbeitung eines Gesetzbuches abspricht. In Vergleich zu den Röm. Juristen erklärt man sich Geistesbanquerout, wenn man mehr positivrechtlichen Stoff verlangt, als ihnen vorlag, während sich die Betrachtung aufdrängt, dass, sobald jene Vortreffliches da geleistet haben, wo sie kein Gesetz gängelte, eben dieser äussere Defect die Ursache der inneren Perfection möchte gewesen sein. Erwägen wir ferner, dass von derjenigen späteren Kaiserzeit abgesehen, die mehr und mehr gesetzgebend eingriff, bis man endlich in den hülf- und trostlosen Zustand gerieth, dem die Justinianeischen Collectionen als ein juristisches Heil erscheinen konnten*),

*) Da ich hier noch einmal auf meine Ueberzeugung von dem Unwerthe dieser Werke gekommen bin, so rechtfertige ich noch diese nachträglich mit einer grossen Autorität. Cp. IV. de Observat. juris des Antonius Muretus (abgedruckt mit dessen vier Büchern Variarum lectionum, Augustae Vindelicorum, Ao. 1600. pag. 223.—225.) hat die Ueberschrift: Demonstratur incogitantia eorum, qui liberos pandectarum concinnarunt. Den Beweis für die Gedankenlosigkeit der Compilatoren giebt Muretus in folgenden Worten: Multa insignia vestigia impressa sunt in libris pandectarum, ejus incogitantiae, qua usi sunt ii, quibus eos Justinianus concinnandos mandaverat: et reperiuntur tamen, qui eos pertinaciter defendant, quasique non ipsi modo coeci sint sed et aliis quoque; eruere oculos velint, contendunt, nihil in eis libris repugnans, nihil frustra repetitum posse reperiri. Sed utriusque generis tam multa notata sunt ab hominibus eruditissimis, ut non modo stulti, verum etiam impudentis jam sit, ulterius in illa jampridem labefactata et profligata opinione velle persistere. Ac quoniam eo plerumque decurrunt, cum idem sine causa saepius indicatum ostenditur, ut dicant, unam, eandemque sententiam interdum ad diversos juris articulos pertinere, ideoque necessario saepius repetendam fuisse: libet unum eis objicere, in quo certe hoc perfugio uti non queant. Nam si sub eodem titulo, ejusdem Jurisconsulti, eadem verba ex eodem libro sumpta, bis posita esse ostendas, valde duram frontem habeat oportet, si quis id quoque certo et vero judicio, non supina quadam negligentia factum esse contendat. Sub titulo igitur de re judicata, legis sextae principium hoc est: „Ulpianus libro sexagesimo sexto ad Edictum. Miles qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus, eatenus qua facere potest, cogitur solvere.“ Lex autem 18. sub eodem titulo haec est: „Ulpianus libro LXVI. ad Edictum. Miles qui sub armata militia stipendia meruit

die Röm. Juristen keine anderen positivrechtlichen Normen kannten als solche, ohne welche Rechtsinstitute, deren Bedürfniss vorhanden ist, gar nicht möglich wären (z. B. die Verjährung), so kann es nicht in der Sache, sondern nur in der Persönlichkeit der bei der Sache Betheiligten liegen, wenn unser Bedürfniss nach Legislation nicht ein eben so beschränktes ist. Dem also eingeschränkten Bedürfnisse würden wir im Stande sein zu genügen; so weit würde unsere Logik ausreichen, und so weit, möchte man glauben, dürften wir einer präcisen Schreibart fähig sein. Zu gebieten und zu verbieten, sobald man nur weiss, was geboten oder verboten werden soll, dazu gehört keine ausserordentliche Begabung. Hingegen ist keine Begabung gross genug um auszusprechen, was erlaubt oder nicht erlaubt sei. Das aber wollen unsere neuen Gesetzgebungen aussprechen und wollen es erschöpfend und übersichtlich aussprechen, ohne zu bedenken, dass, sobald einmal der Begriff eines Rechtsinstitutes gegeben ist, in und mit diesem eine unübersehbare und darum auch unerschöpfliche Masse des mit diesem Begriffe Vereinbaren und nicht Vereinbaren, also des Erlaubten und Unerlaubten gegeben ist, ohne zu bedenken, dass, sobald die Freiheit des Willens der Individuen sich so lange von selbst versteht, als derselben kein Gesetz gebietend oder verbietend entgegentritt, auch gewisse Rechtsinstitute, namentlich alle diejenigen sich von selbst verstehen, welche das Röm. Recht unter der generischen Bezeichnung des Contractes befasst. Unbe-

condemnatus, eatenus qua tenus facere potest, cogitur solvere.“ Concurrant hic omnes columnarii magistri, et capita inter se conferant, nunquam, quanquam acuti sunt, ullam idoneam causam, cur haec tam exiguo interjecto spatio repetenda fuerint, comminiscentur. Eodem modo peccatum est in l. si constant §. si vir. et in l. quod si vir. D. sol. matrim. Simile quiddam meminisse videor notatum et ab Antonio Augustino, etsi id nunc reperire non possum. Nec non illud quoque magni stuporis indicium quod, quae verba, sub tit. ad leg. Jul. de vi publica, ad finem. l. qui dolo malo, citaverant ex Ulpiano lib. LXVI ad edictum eadem repetunt sub illo titulo, qui proxime sequitur, et tribuunt Scaevolae libro quarto regularum. Video tamen hoc posterius excusari aliquo modo posse.

greiflich ist es mir, wie man bei Betrachtung des Röm. Rechtes über den Wunsch nach Codificationen und der Möglichkeit demselben zu entsprechen anders urtheilen könne. Nun fragt es sich, wodurch war jene Vortrefflichkeit der Röm. Juristen, die wir als eine thatsächlich vorhandene im Gebiete des juris gentium anerkennen müssen, bedingt? Da ich nicht glauben kann, dass sie der Himmel juristischer Offenbarungen gewürdiget hat, auch mich alles überzeugt, dass, nimmt man es genau, ihnen die Wissenschaftlichkeit muss abgesprochen werden, so finde ich keine andere Antwort, als folgende: die eigenthümliche Praxis des juris civilis machte sie fähig, im Gebiete des juris gentium mit eben der Schärfe des Urtheils zu verfahren, als in jenem zu verfahren das Formelwesen sie genöthiget und gewöhnt hatte. Ich versuche, dies an einem Beispiele deutlich zu machen.

Bevor der Kauf als ein Institut des juris gentium die von dem Formelwesen unabhängige äussere Geltung erhalten hatte, konnte alles dasjenige, was bei einem Kaufe der neue Erwerber von dem Verkäufer sich garantirt zu sehen erwartete, ersterer nicht anders als durch wörtliche Zusagen des letzteren garantirt bekommen. Jene Garantien beziehen sich hauptsächlich auf Gewähr des Eigenthums und fehlerfreier Beschaffenheit der Sache; dass man sich jene durch stipulatio duplae geben liess, ist bekannt und bereits erwähnt worden. Das Nämliche gilt von der fehlerfreien Beschaffenheit; dass Gewähr auch für diese nur dann geleistet war, wenn sie der Käufer sich stipulirt hatte, dass beide Stipulationen so allgemein verbreitet und zur feststehenden Sitte geworden waren, dass sie auch dann noch üblich blieben, als die actio emti sie hätte entbehrlich machen können, ja dass man nach Pandektenrechte, wenn ein Kauf war abgeschlossen worden und keine dieser Stipulationen erfolgt war, actione emti darauf klagen konnte, es solle der Verkäufer jene Garantie in civilrechtlicher Form mittelst Sponsion übernehmen, das belegen l. 37. pr. §. 1. de

evict. et duplae stipulat.*) l. 20.**) l. 28.***) l. 31. §. 20. de aedil. edicto. (21. 1.)†) Ferner belegen die Pandekten, und ein Beispiel davon ist bereits oben gegeben worden, mit welcher logischen Genauigkeit die Stipulationsformeln ausgebildet waren, um für jede denkbare Gestaltung eines Evictionsfalles die Deckung des Käufers in festgestellter Wörtlichkeit zugesagt zu machen. Aber auch für die Gewähr der Mängel sind die Formeln gleich sorgsam ausgebildet und überhaupt für alles und jedes, was Käufer und Verkäufer einander können zu leisten haben, mit jener Vollständigkeit, zu der man ohne alle Anstrengung gelangt war, weil die praktische Erfahrung von Tag zu Tag mehr und mehr über das sach- und naturgemässe Bedürfniss aufgeklärt hatte. Was war nun z. B. einfacher, falls ein Kauf zur Sprache kam, bei dem der Käufer sich nicht für Eviction der Sache und nicht für verborgene Mängel derselben hatte sicher stellen lassen, weil dazu das jus gentium und die actio emti ausreichte, als durch einen Ueberblick auf die einschlagenden Formeln des juris civilis sich besser als aus irgend einem Gesetzbuche der Verbindlichkeiten des Verkäufers bewusst zu werden. Sie war in den Stipulationsformeln verzeichnet. Wer sich der in l. 90. de V. S. — m. s. o. — enthaltenen Stipulationsformel und der Bedeutung erinnert, nach welcher der Verkäufer des verkauften Grundstückes Freiheit von Servituten garantirte, der konnte nicht verkennen, dass der Verkäufer actione emti gehalten sei, sobald

*) Emtori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit, non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur.

**) Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquod dies interposita fuerit stipulatio, Caelius Sabinus scribit, ex priori causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit.

***) Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum judicium intra duos menses vel quanti emtoris intersit, intra sex menses.

†) Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.

sich fand, dass das verkaufte Grundstück der Servitut eines Dritten unterläge, und wenn die Sache nicht evincirt, auch nicht einmal eine Servitut an selbiger geltend gemacht wurde, sondern nur durch ein possessorisches Interdict dem Käufer der Besitz entzogen ward, so liess ebenfalls das jus civile keinen Zweifel darüber, dass auch dafür der Käufer müsse gerecht werden; denn es gab eine Stipulationsformel, welche garantirte, *ut rem emtori habere, ut rem emtori possidere liceat.* In den eben bemerkten Fällen war das jus gentium geradezu vorgeschrieben in der Formularjurisprudenz. Andererseits lässt sich aber auch nicht verkennen, wie aus den nämlichen Gründen, welche es zu einer Thorheit machen, ein Gesetzbuch fertigen zu wollen, dessen Voraussicht dem Richter für alle ersinnliche Fälle die anticipirten Entscheidungen an die Hand gäbe, die Unmöglichkeit obwaltete, so mannichfach ausgeprägte und alle Casualitäten im Voraus dergestalt berücksichtigende Formeln zu erfinden, dass der Röm. Jurist nur in seine Kenntniss der Formularjurisprudenz hätte zu greifen gebraucht, um für jeden Fall die bereiteste Entscheidung eben so zur Hand zu haben, als sie nach der Meinung manches Juristen aus dem Corpus juris und der juristischen Litteratur zu erholen ist.*) Wie also hiermit ein anderweites Bedürfniss

*) Göthe's Dr. Olearius in Götz von Berlichingen ist der Typus dieser Ansicht. Weder mir noch dem Leser mag ich das Vergnügen vorenthalten, hier die Worte zu wiederholen, mit welchen der gelehrte Mann die Trefflichkeit des Corp. jur. über Tafel bei dem Bischoffe zu Bamberg anpreist: „Man möcht's wohl ein Buch aller Bücher nennen, eine Sammlung aller Gesetze, bei jedem Fall der Urtheilsspruch bereit, und was ja noch abgängig oder dunkel wäre, ersetzen die Glossen, womit die gelehrtesten Männer das vortrefflichste Werk geschmückt haben.“ Da aber Göthe ist erwähnt worden, so möchte ich mir eine Frage erlauben. Herr Professor Dr. Puchta sagt in dem Cursus der Institutionen S. 47. „Die wahre Bewegung des Rechts wird eine solche sein, die sich nur dem, der das Ganze überblickt, als eine ununterbrochene kund giebt. Dem, welcher nicht als Glied des Volkes sich fühlt, sondern als Einzelner sich ihm gegenüberstellt, und seine isolirten Interessen geltend macht, wird sie als ein Stillstand erscheinen, sei es, dass er um dieses Stillstandes willen das Recht preist, bis er plötzlich von seinem Traum erwacht, oder

nach einem von dem Formelwesen unabhängigen Gebiete der Praxis eintrat, so lässt sich doch auch nachweisen, wie das jus gentium nicht wörtlich von der Formularjurisprudenz sanctionirte Rechtswahrheiten ermittelte, indem es, des Grundgedankens sich bemächtigend, in dem eine Categorie von Formeln wurzelte, diesen eben so in dem jue gentium zur Anwendung brachte, wie ein Richter neben dem geschriebenen Gesetze, gleich einem Gesetze auch das gelten lässt, was eine dem geschriebenen Gesetze analoge Wahrheit ist. Ich erläutere dies an einem Beispiele. Die allgemeinste Vorstellung, welche allen hinsichtlich der Eviction des erkauften Gegenstandes Sicherheit zu gewähren bestimmten Formeln zu Grunde liegt, ist die: für sein Geld will und soll der Käufer Eigenthümer der Sache werden. Die Evictions-

dass er es anklagt, weil es seinen individuellen Interessen nicht fröhnt." Hierzu macht er folgende Note: Diesen Sinn hat es, wenn Mephistopheles bei Göthe sagt:

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage,
Weh dir, dass du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider! nie die Frage.

Seltsamerweise ist man bei der Erklärung und Anwendung dieser Stelle gewöhnlich von der Idee ausgegangen, ein deutscher Autor müsse auch den Teufel stets die Wahrheit sagen lassen. Ehe man sich eine Sentenz, besonders als handliche Waffe gegen die Jurisprudenz, entgehen liess, sollte lieber der Dichter die Albernheit begangen haben, den „Junker Satan" zum Lehrer der Weisheit zu machen.

Welche Interpretation vermag in Göthe's oder seines Teufels Worten, den von Puchta denselben beigelegten Sinn zu finden? Sollte es nicht möglich sein, dass Göthe dem nichts weniger als albernen Teufel eine Wahrheit in den Mund hätte legen wollen, die als solche auch Weisheit und ein gutes Gegenstück zu des Dr. Olearius Albernheit wäre. Ist es nicht eine sehr beherzigungswerthe Wahrheit, wenn der nämliche Teufel unter andern auch folgende Worte zu dem Schüler sagt:

„wo Begriffe fehlen,
Da stellt ein Wort zu rechter Zeit sich ein."

summe verfällt, sobald es gewiss ist, dass er es nicht geworden, und unverkennbar ist diese Gewissheit vorhanden, sobald in Folge eines und zwar ohne dass der Käufer bei der Prozessführung etwas verschuldet hat, rechtskräftig gegen denselben gesprochenen Urthels, er das Eigenthum der Sache ganz oder zum Theil, den freien und unbeschränkten Gebrauch derselben ganz oder zum Theil sich entzogen sieht. Behält der Käufer die Sache, weil er anstatt derselben dem obtinirenden Kläger litis aestimationem giebt, so ist ebenfalls die Evictionssumme verfallen. Denn alsdann hat er, was er für das Kaufgeld haben wollte und sollte, nicht für dieses, sondern für die Litisaestimationssumme, und dass auch solchenfalls ihn die evictio, d. h. ablatio rei per sententiam judicis getroffen habe, spricht sich evidentest darinne aus, das er dem Evincirenden das Recht hat abkaufen müssen, das zur ablatio rei geführt hätte. Gesetzt nun, von B. hat A. eine Sache gekauft, C. vindicirt dieselbe, A., welcher sich für den Evictionsfall duplam von B. stipulirt hat, unterliegt.*) Ehe und bevor der Prozess alle geworden, ist die Sache dem A. abhanden gekommen. Dessen Verhältniss gegen den C. nimmt dadurch eine alternirende Gestalt an, je nachdem die Sache dem A. ist abhanden gekommen,

a. ohne eigenes Verschulden oder
b. in Folge eigenen Verschuldens.

Ersterenfalls hat er dem C. Caution zu leisten, er wolle und werde, falls er die Sache sollte wieder erlangen, sie dem C. ausantworten. Hier kann A. nicht die

*) L. 21. §. 3. de evict. et dupl. stip. (21. 2.) Idem Julianus eodem libro scribit, si lite contestata fugerit homo culpa possessoris, damnatus quidem erit possessor, sed non statim eum ad venditorem regressurum, et ex duplae stipulatione acturum, quia interim non propter evictionem, sed propter fugam ei hominem habere non licet. Plane, inquit, quum apprehenderit possessionem fugitivi, tunc committi stipulationem Julianus ait; nam et si sine culpa possessoris fugisset, deinde cautionibus interpositis absolutus esset, non alias committeretur stipulatio, quam si apprehensum hominem restituisset; ubi igitur litis aestimationem obtulit, sufficit apprehendere, ubi cavit, non prius, restituerit.

Evictionssumme von B. fordern; denn A. hat die Sache nicht durch das unvollstreckbar gewordene Urthel verloren, sondern durch ein von diesem ganz unabhängiges Ereigniss. Nicht eher als dann wird die Evictionssumme gefällig, wo A. die Sache wiedererlangt und dem Kläger ausgeantwortet hat.

Im zweiten Falle muss A. zu Ausgleichung des Verschuldens, das ihm in Beziehung zu C. zur Last fällt, diesem litis aestimationem zahlen, deren Erlegung jedoch ihn für den Fall, dass er die Sache wiedererlangt, von der Verbindlichkeit befreit, sie alsdann noch dem C. herauszugeben. Hier wird die Evictionssumme nicht fällig; denn B. hat dem A. nicht für jeden Verlust einzustehen, sondern nur für die ablatio per sententiam judicis. Allein factisch ist die Sache nicht durch eine solche, sondern durch ein von dem Rechtsspruch unabhängiges Ereigniss verloren gegangen. Dass A. für die in Verhältniss zu C. begangene culpa demselben hat Entschädigung gewähren müssen, das ist ein zwischen beiden persönliches Verhältniss, das den B. nicht aus der Stipulation verpflichtet, inmaassen selbiger nur garantirte, nicht durch das bessere Recht eines Anderen, werde dem A. die Sache verloren gehen. Actio ex stipulatu ist erst dann möglich, wenn A. die Sache wiedererlangt und sie nun in Folge der erlegten litis aestimatio behält. Erst dann hat er nicht sein Verschulden gegen den Eigenthümer, sondern die Sache ihm abgekauft, Eviction erlitten. Allein dieses rigoristische, die Stipulation in ihrem wörtlichen Sinne festhaltende Verfahren, verletzt die Intention, die ihr zu Grunde liegt. Diese ist: für sein Geld soll der Käufer Eigenthümer geworden sein und nicht zweckloser Weise den Preis erlegt haben. Die ablatio per sententiam judicis ist nur die gewöhnlichste Form, in der es evident wird, nicht sei der Verkäufer Eigenthümer geworden, und vergeblich habe er das Kaufgeld verwendet. Dies war ohne ablatio per sententiam judicis hier geschehen, wo A. genöthiget ward, mit dem Werthe der Sache, den er schon einmal an B. entrichtet, dem C. die Culpa abzukaufen, in welchen Fall er nicht hätte kommen kön-

nen, wäre er Eigenthümer geworden. Indem nun auf diese Weise die actio emti auch in solchen Fällen den Verkäufer des Preises verlustig macht, wo es unter andern factischen Umständen als durch ablatio per sententiam judicis evident wird, dass der Käufer das Kaufgeld durch das Fenster geworfen hat *), so sieht man recht deutlich, wie das jus gentium eine grössere casuistische Entwickelung genommen hat, als ihm das jus civile in dem Formelwesen vorhielt, jedoch die Grundansicht, die man in jenem weiter aus-

*) M. s. l. 29. pr. eod. Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse, quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius ajebat, quia nec bonae fidei conveniret, et ego ex alia causa rem haberem. Hier war nicht evincirt, sondern vorher anderweit von dem Käufer der rei alienae diese dem Eigenthümer abgekauft worden.

L. 9. eod. Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait, amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci; sed in ex emto actionem decurrendum est.

Hier gestaltet das Verhältniss sich also: vielleicht hätte weder Titius, noch auch wenn der Käufer nicht selbst Erbe des Titius geworden wäre, derjenige, welcher solchenfalls den Titius möchte beerbt haben, die Vindication erheben. Insofern lässt sich also nicht sagen, dass das Kaufgeld so unbedingt als weggeworfen erschiene. Lässt man es aber den Käufer nicht zurückfordern, erachtet man denselben, wenn es noch nicht erlegt ist, nicht für unverbunden es zu entrichten, so würde, auch im Falle, dass keine Vindication erfolgt wäre, der Käufer um den gleichen Werth gebracht. Denn nun verbliebe ihm in Folge des Kaufes der rei alienae dieselbe als eine bezahlte, die er ausserdem als eine unbezahlte erwerben musste; und insoweit brächte die Erbeinsetzung dem Käufer keinen Gewinn.

Gleicher Art ist das Verhältniss in l. 41. §. 1. eod. Jtem si domino servi heres extiterit emtor, quoniam evinci ei non potest, nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. Hierher gehört auch der Fall, wo die Braut dem Eigenthümer der von ihr erkauften fremden Sache, sie demselben als dos inferirt. Diese wird der Käuferin nicht evincirt, das Kaufgeld ist aber vergeblich aufgewendet; dies gewiss alsdann, wenn der Mann diese Mitgift für keine gelten lässt, dieselbe an sich nimmt und behält als sein Eigenthum, aber auch dann, wenn er sie schenkungsweise als Mitgift gelten lässt, und von der Befugniss, diese Schenkung zu widerrufen, bis zu seinem Ableben keinen Gebrauch macht. Denn solchenfalls würde die Frau, müsste sie den Preis bezahlen in dieser Form, um den Werth der

bildete, bereits zum Durchbruch in dem jure civili und in dem Formelwesen gekommen war.

Wie in dem gegebenen Falle Formelwesen und jus gentium in dem Verhältnisse zu einander stehen, das zwischen Gesetz und sogenannter logischer extensiver Auslegung desselben besteht, das wird noch einleuchtender, wenn man erwägt, dass der Code Napoléon in art. 1626. bis 1640., wo er nur von *garantie de la possession paisible spricht*, im Ganzen und Hauptsächlichen (dies beweisen auch die discussions) sich keinen andern Evictionsfall gedacht hat, als dessen sich das Röm. Formelwesen ist bewusst geworden, und dass die französische Praxis, kommen ihr Fälle vor, wie die in der Note auf S. 227 bemerkten, nothwendig, will sie dem Rechtsbedürfnisse genügen, dieser zu engen Auffassung in dem Gesetze die erforderliche weitere Ausdehnung zu geben hat. Ob sie dies wagen wird und wagen darf, das kann ich nicht beantworten *).

Schenkung gebracht. L. 24 eod. Non tamen ei consequens esse, ut, etsi ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus, quamvis aeque indotata mulier futura sit, quoniam quidem etiamsi verum sit, habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit, judicio eum evictum esse, ex emto tamen contra venditorem mulier habet actionem.

*) Deutlich kann man aber auch hier wahrnehmen, welche leidige Sache es um das Gesetzgeben ist, wo es sich um Wahrheiten handelt, die rein aus dem Begriffe eines Geschäftes hervorgehn. In dem Begriffe des Kaufes liegt für Jeden, der ein Verhältniss des täglichen Lebens in seine Elemente zu zerlegen vermag, die Intention, dass der Verkäufer schuldig ist, dem Käufer zu garantiren, mit der Uebergabe der Sache gehe auf denselben volles Recht an der Sache über. Dieses Ausspruches konnte also der Gesetzgeber überhoben sein. Da er desselben sich nicht für überhoben erachtete, so musste er, um nicht trivial zu bleiben, ihn näher ausführen. Die nähere Ausführung aber macht es zweifelhaft, ob nunmehr der Französische Richter wagen werde, in Folge offenbarer Verbesserung des Gesetzes, Corrigirens desselben, so weit zu gehen, als die Röm. Praxis ging. Gesetzt nun aber auch, es hätte sich ein legislatorischer Ausspruch finden lassen und die Casuistik in den citirten Fragmenten wäre in eine oder mehrere genügende abstracte Formeln gebracht worden (den Römern, Virtuosen in solchen Operationen, ist dies nicht gelungen), würde alsdann die Casuistik erschöpft sein? Demjenigen, der dies nach Autorität des Dr. Olea-

In kürzeste Worte zusammengefasst, ist die Summe meiner Ansichten von dem jus gentium die: die Rechtsinstitute des juris gentium und des juris civilis sind nur ausnahmsweise nicht identisch; dasjenige Rechtsbedürfniss, dessen man sich mittelst des Formelwesens war bewusst geworden, lieferte die Rechtsregeln für das jus gentium, entweder unmittelbar — dies insoweit die Formeln vermocht hatten, dies Rechtsbedürfniss zu decken — oder mittelbar — dies insoweit man da, wo die Formeln nicht auf eine das Bedürfniss erschöpfende Weise hatten ausgebildet werden können, sich des ihnen zu Grunde liegenden allgemeinsten Gedankens war bewusst und so in den Stand gesetzt worden, diesen überall in Anwendung zu bringen, wo ein Rechtsverhältniss diese Anwendung erheischte.

Da nach alle dem die praktische Grösse der Röm. Juristen das Product des Formelwesens war, so ist es wichtig zu beachten, wie dieses Bildungsmittel fort und fort waltete, auch nachdem das jus gentium in Geltung getreten war. Anstatt dass dadurch, wie man glauben möchte, das jus civile zurückgedrängt wurde und nur in denjenigen Beziehungen sich erhielt, die irgend eine ächt und ausschliesslich nationale Seite eines Rechtsinstitutes darstellten, finden wir, dass in den allerweitverbreitetsten Instituten jus gentium und civile fort und fort neben einander bestehende Macht ausübten. Diese Erscheinung ist höchst eigenthümlich und das auffallendste Beispiel, an dem ich sie anschaulich machen kann, ist ohnstreitig folgendes:

Gesetzt Titius, Quiritarischer Eigenthümer eines Sclaven, verkauft und übergiebt denselben an Cajus, veräussert ihn also an Cajus mittelst eines Geschäftes und Actes des juris gentium. Jetzt sind beide Eigenthümer, jeder alio jure, Titius jure civili, Cajus jure gentium.

Nichts behindert den Titius, gegen Cajus mit der

rius glauben sollte, würde ich bemerken, dass man alsdann immer noch nicht wissen würde wie es zu halten sei, falls der Käufer der Sache dieselbe einem Dritten schenkt und sich alsdann findet, dass dieser bereits vor dem Schenkgeber Eigenthümer der Sache war.

Vindication, der Eigenthumsklage des juris civilis aufzutreten. Nun kann zwar ihm, der die von ihm selbst vorgenommene Veräusserung nicht will gelten lassen, Cajus allerdings exceptionem doli, oder, in speciellerer, dem speciellen Falle adäquaterer Bezeichnung, exceptionem rei venditae et traditae entgegen stellen und so die Vindication elidiren, welchergestalt denn bis hierher die Röm. Praxis sich dem Gange der heutigen gleich hält; allein der immense Gegensatz tritt in folgenden Eventualitäten ein: Unschädlich ist es dem Cajus, wenn er sich dieser Ausflucht nicht bedient oder ohne Erfolg bedient hat. Er kann nunmehro, da ihm die Sache evincirt worden ist, (per sententiam judicis ablata) ex stipulatu auf die Evictionssumme gegen Titius klagen, und hat er sich nicht durch Stipulation sicher gestellt, mittelst der actio emti, auf das id quod interest. L. 17. 18. 19. pr. eod.*) documentiren dies auf das allerdeutlichste. Der heutige, nicht selten in den Römischen Rechtszustand sich hineinzudenken ganz unfähige Jurist findet dies nicht nur eigenthümlich, sondern auch belächelns- und bemitleidenswerth, bedenkt aber nicht, dass eine Praxis, welche ihre Elemente, einerseits aus ältesten Zuständen entsprungenes jus civile und aus neueren gebildetes jus gentium, andererseits Recht an der Sache und persönliche Obligation, da wo sie in einem und demselben Rechtsverhältnisse zusammentrafen, so scharf auseinanderhaltend, Schritt vor Schritt mit allerhöchster Klarheit und vollständigem Erkenntnisse dieser Elemente verfuhr, nothwendig auch, weil Klarheit des Geistes überall die Spitze intellectueller Bildung ist, eine höchst gebildete und mit jedem Schritte sich weiter ausbildende war, während die heu-

*) Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri, nemini dubium est, quamvis alio jure dominium quaesierit; improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Eligere autem emtor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi. l. 18. Sed etsi exceptio omissa sit, aut opposita ea nihilominus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione, vel ex emto potest conveniri. L. 19. Sed et si stipulatio nulla fuisset interposita, de ex emto actione idem dicemus.

tige Praxis, sobald sie sucht, sich über sich selbst Rechenschaft zu geben, von dem Bewusstsein ausgeht, ihrer Elemente sich nicht bewusst zu sein.*)

Indem ich in dem Obigen meine Ansicht über das Bedürfniss ausgesprochen habe, welchem das Formelwesen die Entstehung verdankt, über die Nothwendigkeit, womit in diesem die praktische Trefflichkeit der Röm. Juristen sich entwickelte, ehe das jus gentium geltend geworden war, und wie die in dem jure gentium beobachteten Rechtsregeln in der Praxis des juris civilis entweder unmittelbar vorgebildet waren oder doch eben diese Praxis mittelbar zu deren Erkenntniss geführt hatte, wie endlich das in dem jure civili wurzelnde Element der Röm. Gediegenheit im Fache der praktischen Jurisprudenz fortwirkend blieb und seinen bildenden Einfluss auch

*) Einen glänzenden Beleg hierzu liefert des Herrn Dr. Schmidt civilistische Abhandlung über die gemischten Einreden. Dresden und Leipzig 1839. In dieser mit fleissigster Benutzung der vorhandenen Litteratur ausgearbeiteten Schrift finde ich (S. 76. u. 77. n. 92.), dass schon Dr. Kilian König (Kanzler des Herzogs Georg zu Sachsen 1500 bis 1539) in seinem Werke „Practica und Prozess der Gerichtsleufte nach dem Brauch sächss. Landen“ Cap. XXIV. XI. sagt: „vermengte Exceptiones sind Wehrn oder exceptiones, an welchen man zweifelt, ob sie zustörliche oder verzügliche Exceptiones sind.“ Vom Anfange des 16. bis fast in die Mitte des 19. Jahrhunderts ist es mit den vermengten Einreden in einem weg so vermengt zugegangen, dass der berühmten Namen ungeachtet, die hier Aufklärung zu geben sind bemüht gewesen, jene Definition, von welcher als des zu definirenden Gegenstandes nota charakteristica die Ungewissheit angenommen wird, in der man sich über dieselbe befinde, immer noch gelten kann, daferne nicht die hier citirte Schrift Klarheit der Begriffe sollte hergestellt haben. Damit noch nicht genug. Welche Einsicht in das eigentliche Wesen von geleugnetem Klagegrund, Ausflucht, dilatorische oder peremtorische Ausflucht kann Allgemeingut der Praxis sein, wenn ein Schriftsteller, der sich vornimmt, über die gemischten Einreden zu belehren, die allerdings unter die eine oder die andere der gedachten Kategorien gehören müssen, der Ermittelung des Begriffes dieser Kategorien, der Fundamente des Prozesses, die erste und umfangsreichste Hälfte seiner Schrift widmet und widmen musste? Ist es also wohl zu viel gesagt, wenn ich behaupte, wie Tag und Nacht verhalte sich Röm. und heutige Praxis, und nimmermehr werde, wer dies verkennen möchte, viel dazu beitragen, dass dies Verhältniss auf eine andere Differenz zurücksinke.

dann noch äusserte, als die meisten Rechtsinstitute unter den Gesichtspunct von Instituten des juris gentium gestellt waren, indem auch dann noch das jus civile in wenig beschränkter Uebung fortbestand*), habe ich zwar jene Ansichten an Beispielen erläutert, unmöglich aber, obschon nur in Folge äusserer Gründe, war es dieselben auch nur an einem einzigen Rechtsinstitute erschöpfend durchzu-

*) Die Schriften des verewigten Hrn. Dr. Gans sind nicht diejenigen, mit welchen der Praktiker sich genauer bekannt zu machen pflegt. Demnach wird für einen Theil meiner Leser es nicht weniger neu als interessant sein, einiges hier von dem zu lesen, was der genannte Gelehrte über das gegenseitige Verhältniss vom jus civile und jus gentium sagt. Dessen Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung Bd. 1. S. 15. enthält in der Einleitung folgende Worte:

„Wie die Geschichte Roms nichts anderes, als den Kampf der Gegensätze freier beweglicher Persönlichkeit und einer in sich ruhenden substantiellen Aristokratie darstellt, also ist auch der Begriff des Röm. Rechtes nur der, das Gegenüberstehen einer festen, in sich unbeweglichen Formular- und Buchstabenjurisprudenz und eines schwankenden, nur immer den besonderen Fall vor Augen habenden Humanitäts- und Billigkeitsrechtes zu sein."

Was hier ausser dem Kreise meiner nächsten Betrachtungen liegt, die Behauptung, dass Roms Geschichte nichts anderes, so gar nichts anderes als der Kampf seines aristokratischen und seines nicht aristokratischen Bestandtheiles sei, ingleichen das dem ersteren ertheilte Prädicat der Substantialität bei Seite stehen lassend, bemerke ich nur, dass wenn von dem einen Bestandtheile des Röm. Rechtes, dem jure civile behauptet wird, es sei eine unbewegliche Buchstabenjurisprudenz, und von dem anderen, dem jure gentium, es sei ein schwankendes Humanitäts- und Billigkeitsrecht gewesen daferne diese Behauptung wahr ist, jeder Bestandtheil des Röm. Rechtes schlecht gewesen und also dessen Gesammtheit den Römern und der Credit, in welchen eben dieses Recht sich bei der ganzen gebildeten Welt gesetzt hat, dem Menschengeschlechte zur Unehre gereicht. Indessen solche Behauptungen sind dem Deutschen nichts Unerhörtes. Giebt es ja doch auch einen Schriftsteller, welcher, die Regentengrösse des Tiberius angreifend, behauptet: der düstre Tacitus habe nicht vermocht, dieselbe zu fassen. Keine Ahnung hat also ein berühmter Professor davon gehabt, wie an dem Buchstäblichen der in einem concreten Falle gegebenen Formel zu hangen etwas ganz anderes ist, als ein Rechtsinstitut in gegebene Formeln festrennen, dass nur ersteres die Römer gethan haben, nicht auch letzteres, dass sie ersteres in Folge einer grossartigen politischen Maxime thaten, die ein bedeutendes Moment in der Geschichte der menschlichen Cultur bildet. Wie kann er da von

führen. Dennoch muss ich wünschen, ihnen diejenige weitere Begründung zu geben, welche in dem Zusammenhange der gegenwärtigen Schrift und auf eine der Tendenz derselben angemessene Weise sich geben lässt. Wünschenswerth muss mir dies sein, weil ich nicht begreife, wie die Verehrung für die Röm. Juristen, welcher noch kein namhafter Praktiker laut widersprochen hat, wissen könne, was sie denn nun eigentlich verehre, sobald sie von anderen, jedoch nirgends ausgesprochenen Ansichten ausgeht, auch jene Verehrung eine höchst bedenkliche bleibt, wenn sie nicht als gegeben gewesene bestimmte Umstände bezeichnen kann, welche die Erziehung der Römer zu grossen praktischen Juristen bedingten. Demnach werde ich zunächst von der angenommenen Wissenschaftlichkeit der Röm. Juristen sprechen; sollte es sich finden, dass ich Recht habe, diese in Abrede zu stellen, so wird dies ein entscheidender Grund dafür sein, dass ihre Bildung eben nur eine praktische und aus jener Behandlung des juris civilis und juris gentium hervorgegangen sei, welche ich in den Grundzügen darzustellen gesucht habe. Dann werde ich, um diese Darstellung mehr noch zu unterstützen, mich zu v. S.'s Ansicht des gegenseitigen Verhältnisses zwischen jus civile und jus gentium wenden.

§. 12.

Die Wissenschaftlichkeit der Röm. Juristen.

Uns einen Begriff von der Wissenschaftlichkeit der Röm. Juristen zu machen, haben wir keinen anderen

schwankendem Humanitäts- und Billigkeitsrechte reden, wo Leibnitz die höchst rigoristische, mit mathematischer Schärfe der Begriffe verfahrende Methode bewundert. S. 27. liest man: „die Justinianeische Compilation war der Anker, woran sich das Röm. Recht fest hielt, ganz eben so wie sich das Röm. Reich am Christenthume festzuhalten gesucht hatte." Dieser Unsinn ist wie jeder Unsinn in der glücklichen Lage, dass man den verschiedenartigsten Sinn hineinlegen kann. Unter allen Umständen scheint es mir eine Art Sünde gegen den heiligen Geist, Justinians Compilationen und das Evangelium gegenseitig in irgend eine Parallele zu stellen.

Anhaltungspunct, als die wenigen von ihnen uns überlieferten Schriften, und die grosse Zahl aus verloren gegangenen Schriften derselben uns in den Pandekten aufbewahrten Fragmente. Ich mag aber diese oder jene Documente in Erwägung ziehen, immer mehr bestätiget sich mir die Ueberzeugung, dass das Rühmen ihrer Wissenschaftlichkeit auf einem Trugschlusse beruhe, zu dem höchst moderne Ansichten verleiten. Wir glauben an ihre Vortrefflichkeit oder erklären uns doch für überzeugt von derselben. Da nun die wissenschaftliche Richtung unserer Zeit an keine Vortrefflichkeit in irgend einem intellectuellen Gebiete glaubt, die nicht auf wissenschaftlichem Wege möchte erreicht sein, so folgern wir die Wissenschaftlichkeit der Röm. Juristen aus der Trefflichkeit dessen, was sie geleistet haben, und denken nicht an die Möglichkeit, dass die Elemente einer Praxis von der Art sein können, dass schon von diesen, allein von diesen der ausgezeichnete Werth einer Praxis garantirt sein kann. Mit gleichem Rechte liesse sich annehmen, die Alten müssten die grössten Kunstphilosophen gewesen sein, weil wir in den Ueberresten ihrer Kunst und Poesie die höchste Trefflichkeit anerkennen, das italienische Zeitalter des Dante, das englische des Shakspeare müssten desjenigen mächtig gewesen sein, was wir die kritische Auffassung eines Kunstwerkes nennen, müssten dessen in um so höherem Masse mächtig gewesen sein, je unbedingter wir ihren Werken den Preis vor allen späteren zugestehen.

Die angedeutete Möglichkeit einer ausgezeichneten und dennoch zugleich höchst untheoretischen Praxis scheint deren Möglichkeit auch in anderen praktischen Gebieten zu sprechen. So ist auch bemerkenswerth, wie eine Disciplin, die in alten Zeiten in höchst praktischer Verbindung mit der Jurisprudenz stand, die Rhetorik das Nämliche wahrnehmen lässt. Die institutiones oratoriae des Quintilian lehren die Methode, welche am sichersten und zweckmässigsten dahin führen werde, vermittelst vorhandener anerkannter Muster das rednerische Talent auszubilden, lassen aber sich völlig unbekümmert um die theoretische Begründung jener Methode, um die Gesetze, von wel-

chen in anerkannten Mustern deren Einwirkung auf das menschliche Gemüth bedingt ist. Demnach ist es jedenfalls ein voreiliger Schluss, in der Trefflichkeit dessen, was ein Zeitalter in einem Gebiete der Intelligenz leistet, auf den Grad der Vollendung zu schliessen, mit welchem er dies Gebiet theoretisch beherrscht habe. Indess von dem Aehnlichen und Verwandten zur Sache selbst, der Röm. Jurisprudenz zu kommen, so finde ich nicht, dass die vorhandene Litteratur sich jemals bestimmt und glatt die Frage aufgeworfen habe, was den Namen wissenschaftliche Jurisprudenz verdiene und inwieferne es in der juristischen Litteratur der Römer zur Erscheinung komme? Setze ich — gemäss einer bereits oben (S. 57.) angezogenen Stelle des Aristoteles — den Charakter der wissenschaftlichen Auffassung eines Gegenstandes in die Erkenntniss seiner ewigen und unabänderlichen Elemente, der inneren Nothwendigkeit seiner Totalität und eines jeden in dieser Totalität gegebenen Bestandtheiles, so mache ich mir von dem wissenschaftlichen Juristen ein Bild, das dem Röm. Juristen in der einen Beziehung so entsprechend ähnlich ist, als dazu in einer anderen nie ein Original in Rom würde gestimmt haben.

Dafür dass es Rechte, und deren Collectivbegriff Recht gebe, dafür wird er einen Beweis weder verlangen noch zu geben suchen, ebensowenig aber auch damit anfangen, über die Rechte zu speculiren und deren Zahl und das Wesen eines jeden zu deduciren. Denn er wird von der Ueberzeugung ausgehen, dass für jedes nicht metaphysische Wissen man auf keinem Wege besser, als auf dem der Praxis, sich mit dem Objecte des Wissens bekannt mache. Unschwer wird es ihm fallen, sich auf diesem Wege der Rechtsinstitute bewusst zu werden, d. h. die mannichfachen Beziehungen, nach welchen er zwischen Individuum und Individuum Rechte und Verbindlichkeiten eintreten sieht, unter gewisse abgeschlossene Kategorien zu ordnen.

So weit sind auch die Röm. Juristen gediehen. Des Gajus mit verschlechternder Einsichtslosigkeit in den Justinianeischen wiederholten Institutionen geben sehr gute,

noch heutigen Tages zusagende Uebersichten der Rechtsinstitute. Denn wollte man kein Gewicht darauf legen, dass damit die Praxis lange Zeit genügend ausgekommen ist, so wird man doch nicht verkennen, dass die verschiedenen Umstellungen des Materials in späteren Lehr- und Handbüchern die Praxis weder erleichtert noch gebildet haben. *) Von hier an aber beginnt das wissenschaftliche Verfahren des Juristen. Er wird sich Rechenschaft darüber geben, welche Rechtsinstitute nothwendig gegeben sind, sobald wir überhaupt, unter was nur immer für einer publicistischen Form ein geordnetes bürgerliches Zusammenleben annehmen, welche Rechtsinstitute ganz oder in grösseren Bestandtheilen kein Product allgemein gültiger, sondern nur einer hypothetischen Nothwendigkeit sind, wie solche die erkannte Verschiedenartigkeit von Ort zu Ort und Zeit zu Zeit sich modificirender Lebensverhältnisse mit sich bringt. Wo er für ein Rechtsinstitut weder eine allgemeine noch eine hypothetische Nothwendigkeit sieht, da wird er nur den Irrthum oder das Misverständniss als dessen Entstehungsgrund ansehen und den Irrthum und das Misverständniss aufzudecken suchen. Indem er aber erkennt, inwieweit die Rechtsinstitute auf absoluter oder hypothetischer Nothwendigkeit beruhen, wird er auch in den Stand gesetzt, den Werth derjenigen Rechtsregeln zu würdigen, von denen die concreten Verhältnisse beherrscht werden, in denen das Rechtsinstitut zur Erscheinung kommt. Verwerflich wird er diejenigen Regeln finden, die nicht zu jener Nothwendigkeit stimmen, gut diejenigen, welche dazu stimmen; jene wird er von der Theorie und, soweit Lage und Stellung es ihm erlauben, auch von der Praxis auszuscheiden suchen, diese in dem Geiste des Institutes weiter auszubilden eben so bemüht als befähigt sein.

Vergleichen wir nun hiermit das Verfahren der Röm.

*) Ich erinnere mich der Worte eines gelehrten und entsprechend geachteten Praktikers, welcher erklärte, von Herzen gleichgültig sei es ihm, ob er bei dem einen Systematiker am Ende der Schrift zu lesen bekäme, was ein anderer vorn oder in der Mitte seines Werkes sage.

Juristen, so finde ich — theils ist dies schon oben an Beispielen nachgewiesen worden, theils wird es alsbald anderweit nachgewiesen werden — ein ganz entgegengesetztes Verfahren. Bei der Empirie, welche sie zu Erkenntniss der Rechtsinstitute leitete, blieben sie stehen. Wie dieselben in sich selbst begründet wären, darum kümmern sich Röm. Juristen nicht. Dass sie dies und warum sie es nicht nöthig gehabt haben, ist gezeigt. Existirte auf dem Standpunkte ihrer Praxis kein Bedürfniss des vorstehend geschilderten Verfahrens und ist schon ihre Praxis eben dadurch, dass sie dies Bedürfniss nicht empfand, weil sie sich selbst ohne theoretische Anleitung zu formiren vermochte, eine vortreffliche geworden, so ist sie doch auch eben darum eine höchst unwissenschaftliche. Auf eine Weise, die, möchte ich glauben, keinen Widerspruch verstattete, kann man dies an folgendem, über eines der ausgedehntesten Rechtsinstitute sich verbreitenden Beispiele nachweisen. Man nehme die unten abgedruckten acht ersten Paragraphen aus Titel XIX.*) der Fragmente des Ulpian, überschrieben de dominiis et adquisitionibus rerum. Der Philolog oder Antiquar, der veranlasst wird, die Stelle nachzulesen, erfährt aus den, ein jedes für sich genommenen ihm wohlbekannten Worten eben so viel, als er erführe, wenn jene Paragraphen in Hieroglyphen niedergeschrieben wären. Nir-

*) §. 1 Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus: item servi, et quadrupedes, quae dorso, collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.

§. 2. Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.

§. 3. Mancipatio propria species alienationis est et rerum mancipi: eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus.

§. 4. Mancipatio locum habet inter cives Romanos, et Latinos colonarios, Latinosque Junianos, eosque peregrinos, quibus commercium datum est.

gends ein Satz, den er als wahr anerkennen, nirgends ein Verhältniss, dem er das historisch motivirte Dasein zugestehen müsste, und also keiner Art Prämisse, die es ihm möglich machte, mit den Worten Vorstellungen, mit den Sätzen Ueberzeugungen zu verbinden. Eben so macht es Gajus mit den Institutionen. Wir erfahren, dass ein Dominium ein Institut des juris civilis und wieder ein dominium ein Institut des juris gentium ist, mittelst welcher Formel ersteres und mittelst welcher modificirten Formel letzteres gerichtlich in Anspruch genommen wurde. Allein worinne die dominia zusammentreffen, während schon der gleiche Name auf Gleichheit des Wesentlichen hinweist, das sagt er nicht; auch nicht entfernt kommt ihm in den Sinn, den Begriff *proprietas* festzustellen und nachzuweisen, wie dominium Quiritarium und bonitarium nur verschiedene Formen der proprietas sind und diese verschiedenen Formen auf den verschiedenen Formeln der rei vindicatio und der Publiciana in rem actio ebensowohl beruhen, als sie diese verschiedenen Formeln veranlasst haben. Dies hatte Gajus nicht nöthig; nur die Formen, in welchen die Rechtsinstitute sichtbar wurden und die damit sich verbindenden Formeln brauchte er seinen Schülern übersichtlich zu machen; denn überzeugt konnte er sein, das Leben, das die Form und die Formeln erfüllte, werde die Praxis in alle ihr erforderliche Anschaulichkeit setzen. Auch hat er darinne sich nicht getäuscht. Denn diese Praxis war eine sich selbst so klare und mit solcher Sicherheit zu Werke gehende, dass wir ihren lebendigen Geist noch heutzu-

§. 5. Commercium est emendi vendendique invicem jus.

§. 6. Res mobiles non nisi praesentes mancipari possunt; et non plures, quam quot manu capi possunt: immobiles autem, etiam plures simul, et quae diversis locis sunt, mancipari possunt.

§. 7. Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet, si ex justa causa traditae sunt nobis.

§. 8. Usucapione dominia adipiscimur tam mancipi rerum, quam nec mancipi. Usucapio est autem dominii adeptio, per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.

tage aus dem Schutt- und Trümmerwerke der Justinianeischen Compilationen herauf beschwören, ihm Red' und Antwort abgewinnen und uns von ihm belehren lassen, wie die unwissenschaftliche Röm. Praxis, welche nirgends die proprietas unter die Rechtsinstitute zählt, sondern die dominia, in diesen eine Form besass, womit die proprietas auf die schlichteste, einfachste und naturgemässeste Weise die nöthige Garantie erhielt.

Endlich übersehen diejenigen, welche der Röm. Juristen Wissenschaftlichkeit preisen, noch ein anderes, irre ich mich nicht, entscheidendes Moment. Um sich bewusst zu werden, was in dem Rechtszustande und warum es, ob absoluter oder hypothetischer Weise nothwendig sei, hätte der Röm. Jurist das Bedürfniss historischer Kritik empfinden und diese in Ausübung setzen müssen. Die Worte: moribus antiquis rem Romanam stare galten auch von der rei Romanae juristischem Bestandtheile und das jus civile als Product hypothetischer Nothwendigkeit zu erkennen war nur derjenige fähig, der sich die Einsicht in die ersten Anfänge Römischer Nationalindividualität verschafft hatte. Diese Einsicht hatten aber selbst die Röm. Historiker nicht, und weder sie noch ihre Leser empfanden ein Bedürfniss darnach. Wie Dionysius von Halikarnas Roms Ursprung in den Moment setzt, wo Romulus die Bürger des künftigen Staates überredet habe, eine papierne Constitution anzunehmen, so erzählt Livius ein Mengsal von einheimischen Sagen und griechischen Lügen mit einer Selbstzufriedenheit, die den gänzlichen Mangel des kritischen Geistes um so mehr verräth, als Livius selbst erklärt, die Wahrheit der Erzählungen nicht verbürgen zu mögen, welche Erklärung er mit so naiver Unbefangenheit ablegt, dass man sieht, nicht sei es ihm beigekommen, es entbehre somit sein Geschichtswerk der ersten pragmatischen Begründung. Der grosse Tacitus verbreitet sich über des jüdischen Volkes, hinter dessen Abhängigkeit von Rom zurückliegende Schicksale auf eine Weise, die unvereinbar mit dem Sinne für historische Kritik ist. Was nicht in dem Ideenkreise solcher Männer gelegen hat, das könnte nur durch In-

spiration geistiges Eigenthum der späteren Juristen geworden sein.

§. 12.

Fortsetzung.

Vergleichen wir nun hiermit, was v. S. über die Bildung der Röm. Juristen sagt:

In der Geschichte des Röm. Rechtes im Mittelalter S. 22.—26. nimmt er an, es habe Roms ältestes Recht auf Gewohnheit beruht, auf dem gemeinsamen Bewusstsein und Glauben des Volkes, ohne andere sichtbare Begründung. Jedoch in den XII Tafeln, die nicht Unzufriedenheit mit diesem Zustande des Rechtes, sondern das politische Verhältniss der Stände veranlasst habe, sei ausser der Verfassung des Staates auch ein grosser Theil jener Gewohnheiten niedergeschrieben worden, und in diesem Sinne das XII Tafelgesetz Grundlage auch des bürgerlichen Rechtes gewesen und bis zu Justinian geblieben.

Zunächst fehlt es an historischen Beweisen, die einen so durchgehend gewohnheitrechtlichen Zustand darlegten, der an sich nicht wohl glaublich ist. Denn nicht in dem ungeselligen Naturzustande, sondern erst da, wo die Menschen bereits in Gesellschaften zusammengetreten sind, gerathen gegenseitige Interessen in feindliche Conflicte.*) Wie dieser natürliche Kriegszustand sich zugleich naturgemässer Weise in ein allgemeines Bewusstsein oder einen allgemeinen Glauben des Volkes an regulirende, nur in diesem Bewusstsein gegebene und durch diesen Glauben sanctionirte Normen lösen solle, diese Frage lässt v. S. unbeantwortet. Auch nach meiner, hinlänglich documentirten Ansicht hat es in Roms ältesten Zeiten nur wenige Gesetze gegeben, allein eine gewisse Anzahl von Normen, deren Geltung nur ein souverainer, über den Einzelnen stehender Wille in positiven Formen her-

*) L'homme dans l'état de la nature, sagt Montesquieu, ne sentiroit d'abord que sa foiblesse, sa timidité seroit extrême; sitôt que les hommes sont en société, ils perdent le sentiment de leur foiblesse; l'égalité qui étoit entre eux cesse *et l'etat de guerre commence.*

vorrufen konnte, muss es gegeben haben. Denn wie z. B. wäre eine bürgerliche Gesellschaft denkbar, wo nicht das Recht in Gestalt positiven Gesetzes denjenigen Handlungen entgegenträte, welche in die Kategorie der Röm. Privatdelicte gehören? Mag jedem Einzelnen das Bewusstsein zuzutrauen sein, nicht dürfe er den anderen bestehlen und berauben, so ist doch damit für den Rechtszustand nichts gewonnen, so lange es an positiven Normen für die Art und Weise fehlt, nach welchen, wenn ein Diebstahl vorgefallen ist, das zwischen Beschädiger und Beschädigtem gestörte Rechtsverhältniss soll ausgeglichen werden. Dass in solchen Fällen die Ausgleichung mittelst des duplum oder quadruplum erfolgen müsse, das vermochte das Rechtsbewusstsein des Volkes eben so wenig zu erkennen, als in unseren Tagen der wissenschaftlich ausgebildetste Rechtssinn uns belehrt, welche kürzere oder längere Zuchthausstrafe der grösseren oder kleineren Summe des Entwendeten proportionell sei. Indessen lassen wir die nicht dämmerhelle sondern nächtlich dunkele hinter den Zwölftafelgesetz zurückliegende Röm. Geschichte auch in Hinsicht des Privatrechtes auf sich beruhen und demzufolge uns unbekümmert darum, wieviel auf Gewohnheit beruhendes Privatrecht in jene Gesetzgebung aufgenommen worden sei. Denn durch die XII Tafeln war, was in ihnen stand, sollte es auch nur niedergeschriebenes Gewohnheitsrecht gewesen sein, jedenfalls eben so zu jus scriptum geworden, wie wer in Sachsen sich auf den Sachsenspiegel bezieht, ganz in der Lage desjenigen ist, welcher sich auf eine Constitution oder Decision beruft, und über die Zeit von den XII Tafeln an liegen historische Autoritäten vor, nach denen es nur zweierlei Quellen des Rechtes gab, geschriebenes und nicht geschriebenes, die *Interpretatio prudentum*; dies nach der bekannten Stelle des Pomponius *) und nach

*) M. s. §. 12. de origine Juris. (1. 2.) Ita in civitate nostra aut jure, id est lege, constituitur, aut est proprium jus civile, quod sine scripto in sola prudentum interpretatione consistit; aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent; aut plebisscitum, quod sine

Cicero's Bemerkungen über die Thätigkeit der Juristen in cp. 11 und 12. pro Muraena, welche uns belehrt, dass die Juristen geraume Zeit hindurch sich in der Lage befunden haben, das Recht als ein Geheimniss behandeln zu können, wie denn auch Pomponius von der Zeit, wo noch nicht Plebisscite, Senatusconsulte, Edicte der Magistrate und kaiserliche Constitutionen zu Rechtsquellen neben dem Zwölftafelgesetz geworden waren, in §. 5 und 6 eod. *) berichtet, die interpretandi scientia und die actiones wären gewesen apud collegium pontificum. Somit galt in der Zeit nach den XII Tafeln dasjenige, was man Jurisprudenz nennen könnte für Priesterweisheit. Demnach sprechen historische Autoritäten für meine Ansicht, nach welchen der Rechtszustand beruhte auf geschriebenen Normen, insoweit es Rechtsinstitute galt, die ohne positive Gesetze undenkbar sind und ausserdem auf dem Formelwesen, auf diesen in allen den Beziehungen, in welchen der Rechtssinn ausreicht, sich in der Praxis des Rechtsbedürfnisses bewusst zu werden, nach welcher Ansicht endlich Formelwesen und das die Anwendung der geschriebenen Normen bedingende Verständniss derselben

auctoritate Patrum est constitutum; aut est magistratuum edictum, unde jus honorarium nascitur; aut senatusconsultum, quod solum Senatu constituente inducitur sine lege; aut est principalis Constitutio, id est, ut quod ipse princeps constituit, pro lege servetur.

*) §. 5. His legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentum auctoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit compositum a prudentibus propria parte aliqua non appellatur, ut caeterae partes juris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus caeteris partibus, sed communi nomine appellatur jus civile.

§. 6. Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent; quas actiones ne populus, prout vellet, institueret, certas solemnesque esse voluerunt; et appellatur haec pars juris legis actiones, id est, legitimae actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec jura nata sunt: leges duodecim tabularum; ex his fluere coepit jus civile; ex iisdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia, et actiones apud collegium Pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis; et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.

Sache der Juristen von ältesten Zeiten her in der Maasse war, dass dieselben Formeln und Gesetze aus den eben angegebenen historischen Gründen gleichmässig mit höchst rigoristischer Wörtlichkeit behandelten. Halte ich meine Ansicht für begründet, weil sie einerseits auf glaubwürdigen Zeugnissen des Alterthums beruht und (wenigstens mir scheint dies der Fall zu sein) in sich pragmatischen Zusammenhang hat, so fällt es mir unmöglich v. S. beizustimmen, wenn er weiter sagt, „das wichtigste Geschäft der sehr geehrten Juristen, so wie der ersten Bücher sei gewesen die Kenntniss und Leitung derjenigen Reihe symbolischer Handlungen von genau bestimmten Formen, auf welchen grossentheils die eigentliche Ausführung und Anwendung des alten Rechtes beruht habe."

Da hier v. S. unter den ersten angewendeten juristischen Schriften nur — m. s. §. 7. und 8. l. cit. *) — das

*) Postea quam Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Cnejus Flavius, scriba ejus, libertini filius, surreptum librum populo tradidit; et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret, et senator, et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum, sicut ille jus civile Papirianum; nam nec Cnejus Flavius de suo quidquam adjecit libro. Augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit, et librum populo dedit, qui appellatur Aelianum. §. 8. Deinde quum esset civitate lex duodecim tabularum et jus civile, essent et legis actiones, evenit, ut plebs in discordiam cum patribus perveniret, et secederet sibique jura constitueret, quae jura plebisscitis, pro legibus placuit et ea observari lege Hortensia; et ita factum est, ut inter plebisscita et legem species constituendi interessent, potestas autem eadem esset.

Hier eine beiläufige Bemerkung: ein Bestandtheil der Nation, welche den scriba mit tribunizischer Gewalt bekleidete, von der aus er zur Senatorwürde und Aedilität gelangte, musste es für ein Geschenk des Himmels ehren, mit den Formeln ihres Gerichtswesens bekannt zu werden. Einsicht in die Elemente der Röm. Geschichte hat nur derjenige, welcher diese Erscheinung pragmatisch begreift. Wer das nicht im Stande ist und zugleich gestehen muss, nicht glaube er, jemals werde man in solchen Hinsichten zum pragmatischen Geständnisse vordringen, der wird sehr vorsichtig sein, über älteste Röm. Zustände Behauptungen aufzustellen, denen er keine bestimmte Unterlage zu geben vermag. Erwäge ich hiernächst, dass Cicero jedenfalls zu einsichtsvoll und zu klug war, um nicht zu wissen, dass

jus Flavianum und das jus Aelianum verstehen kann, so würde es dem Gegenstande besser entsprochen haben, jene ältesten Schriften juristische Formelbücher zu nennen. Denn die darinne bekannt gemachten legis actiones bestanden, obschon von einem körperlichen Agiren begleitet, dennoch hauptsächlich in conceptionibus verborum, in Formeln, welche, wie dies ebenfalls meine Ansicht bestätigend Cicero sagt, die Juristen ausgesonnen hatten. Was körperlich agirt wurde, erhielt einen bestimmten Sinn nur durch die Worte, und dieser war in letzteren so bestimmt, so höchst bestimmt ausgedrückt, (z. B. bei der ältesten Vindication) fundus qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum ajo und auf diese allerhöchste Bestimmtheit wurde ein so grosses Gewicht gelegt, (z. B. fundus Sabinus meus wäre noch nicht bestimmt genug gewesen), dass es zu dem Verständniss keiner Art Deutung bedurfte und also nichts symbolisches darinne wahrnehmbar ist. Wenn nun aber die plebejische Gemeinde über die Bekanntmachung des juris Flaviani so hoch erfreut sein konnte, wie sie es nach der citirten Stelle des Pomponius war, so ist in ihr schon in der ältesten Zeit das Recht weniger noch als in dem heutigen Landmann und Bürger lebendig gewesen. Wir werden weiter unten noch einmal auf v. S's. Ansichten der von ihnen sogenannten symbolischen Handlungeu zurückkommen. Hier fahre ich fort über seine Ansichten von der Thätigkeit der Röm. Juristen zu berichten. Während bis hierher er keinen Gesichtspunkt angegeben hat, unter dem gestellt diese Thätigkeit sich als eine wissenschaftliche prädiciren liesse, bemerkt er S.

um die Juristen lächerlich zu machen, es wichtig war, mit schlagenden Wahrheiten gegen sie anzurücken, so ist es gewiss, dass es nicht an den sehr geehrten Juristen der ältesten Zeit gelegen hat, wenn das Formelwesen im Fortgange der Zeit bessere Dienste leistete, als das Mittel für die Juristen zu sein, „ut omnibus in rebus ipsi interessent;“ welcher Gestalt man den Worten v. S's: die Juristen wären die eigentlichen Wächter und Erhalter der alten Strenge und Eigenthümlichkeit des Rechts gewesen, einen Sinn unterlegen könnte, den er gewiss nicht mit seinen Worten verband. M. les. cp. 12. pro Muraena.

22—23. *) darüber, wie durch die weitere Ausbreitung Römischer Herrschaft der alte scharf bestimmte Charakter des Römischen Rechts in eine unbestimmte Allgemeinheit übergegangen sei und nunmehro Prätor und Juristen auf entgegengesetzte Weise thätig geworden wären, das unten zu lesende. Hier nun finde ich mehreres nicht begründet und unklar. Wie frühe der Verkehr mit Fremden den Begriff eines juris gentium hervorgerufen habe, das lässt sich nicht ermitteln; noch weniger aber, wie weit hierzu das erste Mittel ausgereicht habe, wodurch die sich selbst überlassene Praxis das Verhältniss des Römers und des Fremden unter rechtliche Garantien zu setzen suchte; ich meine die formulas fictitias, durch die man den Fremden, mochte er Kläger oder Beklagter sein, dem civis Romanus gleich stellte. Wie weit dies Verfahren zulässig war, lässt sich nicht bestimmen. M. s. Gaj. Instit. Lb. IV. §. 37. **)

*) Wie aber das Römische Volk seine Herrschaft über ganz Italien und über weite Länder ausser Italien ausbreitete, musste der alte scharf bestimmte Charakter desselben in eine unbestimmte Allgemeinheit übergehen. Diese nothwendige Richtung zeigte sich auch in dem Rechte. Neben jenem alten, nationalen Rechte, dem jus civile, war man frühe durch den Verkehr mit Fremden dahin gekommen, ein allgemeines, natürliches Recht, jus gentium anzuerkennen und auszubilden. Dieses war Anfangs blos um der Fremden willen vorhanden, und es kam in dieser Beziehung in Rom selbst schon frühe unter Aufsicht einer besonderen Prätur, so wie es später in den Provinzen unter den römischen Statthaltern stand. Aber nach der eben bemerkten späteren Richtung des Römischen Charakters zur Allgemeinheit musste auch das eigene Recht der Römer diesem allgemeinen Rechte immer ähnlicher werden, d. h. es musste für die Römer selbst immer mehr jus gentium neben dem jus civile geltend werden. Das Edict des Prätors diente vorzüglich dazu, diesen Uebergang vorzubereiten und zu regeln, so dass der Prätor und die Juristen für den Charakter des Rechts auf eine entgegengesetzte Weise thätig waren, indem die Juristen nach Erhaltung des alten strebten, während der Prätur die besondere Einführung des Neuen oblag. Die wichtigsten sichtbaren Rechtsquellen waren demnach am Ende der Republick die zwölf Tafeln und das Edict.

**) Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat, aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est,

Waren aber die Römer so wenig geneigt, den alten streng geordneten Zustand um des Verkehrs mit den Fremden willen aufzugeben, so ist es auch nicht glaublich, dass sie jemals um deswillen eine **unbestimmte Allgemeinheit** des Rechtszustandes haben eintreten lassen. Und nicht glaublich und an einzelnen Beispielen nachgewiesenermaassen ist es unwahr, dass das jus gentium, welches in dem grössten Theile der Rechtsinstitute mit dem jure civili zusammentreffen musste, aus von diesem divergirenden Rechtsregeln sich aufgebaut habe. Endlich lässt ein entgegengesetztes Wirken, das der Juristen einer- und das des prätorischen Edictes andrerseits sich auch nicht annehmen. Wie hätte letzteres können Eingang finden, wenn ihn nicht das in der Praxis zum Bewusstsein der Juristen gekommene Bedürfniss des weiter fortschreitenden Rechtszustandes sicherte? In vielen Beziehungen sprach das Edict der Sache nach nichts anderes aus, als das Recht, welches unter die Garantie von aussergerichtlichen Formeln hätte gestellt werden können, solle in deren Ermangelung durch eine Klagformel sicher gestellt sein. Man nehme z. B. das Edict de dolo malo in l. 1. §. 1. de dolo malo (4. 3.). In diesem wie in andern Fällen erhielt das Edict, welches nur unter irgend einer allgemeinsten Voraussetzung ein Rechtsmittel zugesichert hatte, Werth und Ausbildung für die Praxis erst durch die Ju-

si modo justum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi: velut si furti agat peregrinus, aut cum eo agatur, formula ita concipitur: judex esto si paret ope consiliove Dionis crissaei Titio furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni injuriae agat, aut cum eo agatur, ficta civitate Romana judicium datur.

Uns kommt dies Verfahren eben so seltsam vor, als es wäre, glaubte man in keinem Staate einen ausländischen Spitzbuben an den Pranger stellen zu können, ohne ihn vorher die Cocarde des Inlands an dem Hute zu befestigen. Allein auch dies uns wunderbare Verfahren beweist, wie der Rechtszustand jeden Vorschritt an der Hand der Formeln thuend zugleich dieselben dem erweiterten Bedürfnisse anpasste.

risten, welche — m. vergl. z. B. das Edict über die Restitution der Minderjährigen l. 1. §. 1. de minoribus XXV. annis (4. 4.) — es für die Anwendung wesentlich in demselben Geiste behandelten, wie sie die Formeln zu behandeln sich gewöhnt hatten. Es ward mit unendlicher Genauigkeit erörtert, was sich nach festester Wörtlichkeit als Begriff in den Worten des Edictes darstelle oder nicht darstelle, und sodann, eben so wie die strenge Behandlung der Formeln das Bewusstsein des durch selbige nicht gedeckten Rechtsbedürfnisses angeregt hatte, als prätorisches Recht in Geltung gesetzt, was conform der Grundansicht war, die der Abfassung eines Edictes vorgeschwebt hatte. Also erscheint des Prätors Edict und dessen Bildung als Product einer Praxis, die ohne noch irgend eine wissenschaftliche Basis gewonnen zu haben, sich durch sich selbst zurechtfand. Auch v. S. datirt die Wissenschaftlichkeit der Römischen Juristen erst aus der Zeit der Kaiserregierungen. Allein worinne sie bestanden, wie sie sich geäussert habe, darüber sagt er kein Wort. Man urtheile selbst. S. 24. — 26 *) Während ich die Höhe welche die Jurisprudenz im zweiten und

*) Unter der Kaiserregierung wurde das alte jus civile noch einige Zeit in den früheren Formen, durch Schlüsse des Volkes oder des Senates, erweitert und neu bestimmt. Das Edict aber musste immer grössere Wichtigkeit erhalten, da in der neuen Verfassung alles zu der oben bemerkten Auflösung des Nationalcharakters beitrug. Die Lage der Juristen endlich hatte sich mehr als alles übrige geändert. Das Recht nämlich war nun schon so weit von seiner frühsten Gestalt entfernt, dass die Verknüpfung so verschiedenartiger Quellen zu den einfachen Resultaten, wie sie die Praxis bedarf, ein sehr künstliches Geschäft geworden war. Prätoren und Richter konnten unmittelbar aus den Quellen nicht mehr schöpfen, vielmehr war eine wissenschaftliche Verarbeitung derselben für die Praxis unentbehrlich geworden. Was aber von dieser Seite Bedürfniss war, dazu hatte sich von einer andern Seite Geschick und innerer Trieb eingefunden. Durch den häufigen Verkehr mit Griechenland hatte sich in Rom ein literarisches Bestreben in allen Richtungen erzeugt, und wie hätte dieses der Jurisprudenz fremd bleiben können, da gerade hier ein so reicher einheimischer Stoff vorhanden war, wie in keinem andern Gebiete des Wissens? Auch an Männern für diesen neuen Beruf konnte es nicht fehlen. In der freien Republik gab es ausser dem Kriege zwei Wege zu Gunst und grossen Namen: Rede-

dritten Jahrhundert soll erreicht haben und auch wirklich erreicht hat, für eine rein practische ansehe und man sich zu veranschaulichen vermag, wie diese möglich war, findet v. S. sie bedingt, *erstlich*, durch den häufigen Verkehr mit Griechenland, der zu Rom in allen Richtungen ein lebhaftes literärisches Bestreben erzeugt und auch der Jurisprudenz nicht habe fremd bleiben können, und *zweitens* darinne, dass, nachdem mit dem Untergange der Freiheit die Redekunst alle Ehre und Würde verloren habe, die edelsten Geister von der Jurisprudenz wären angezogen worden, in der sich von dem alten Rom mehr als in einem andern Theile des öffentlichen Lebens habe erhalten gehabt. Wo aber zeigt in der Röm. Jurisprudenz sich auch nur eine Spur von Einwirkung griechischer Literatur? *Unmittelbar* konnte eine solche Einwirkung nicht statt haben; denn nie haben die Griechen eine juristische Literatur gehabt. Politik und Ethik erfüllte dem Griechen das gesammte Gebiet der praktischen Philosophie; Speculationen über das Privatrecht, besonders aber über einzelne Rechtsinstitute liessen sie sich nie in den Sinn kommen. Also nur eine *unmit-*

kunst und Jurisprudenz. Die Redekunst, zur Zeit der Freiheit die erste unter den Künsten des Friedens, hatte seit dem Untergange der Freiheit alle Ehre so wie alle Kraft und Wirkung verloren. In dem Rechte dagegen hatte sich vom alten Rom mehr als in irgend einem andern Theile des öffentlichen Lebens erhalten. Wer also noch Römisch gesinnt war, musste sich hier am meisten einheimisch fühlen, und die edelsten Kräfte mussten der Jurisprudenz zufallen. So wirkte alles zusammen um die Jurisprudenz auf die Höhe zu erheben, worauf wir sie im zweiten und dritten Jahrhundert sehen, und welche in keiner Zeit und bei keinem Volke jemals erreicht worden ist. Allein eine so isolirte Trefflichkeit mitten im allgemeinen Verfall konnte sich nicht dauernd erhalten. Bald nachdem die Jurisprudenz den höchsten Punkt ihrer Bildung erreicht hatte, hörte auch in ihr alles Leben und Fortschreiten auf, und die Schriften der grossen Juristen aus der Zeit von Caracalla und Alexander mussten, unabhängig von ihrem inneren Werthe, auch dadurch ein unbeschränktes Ansehen erhalten, dass sie beinahe die letzten juristischen Schriften waren. Die Unfähigkeit aber, Quellen unmittelbar und ohne Hülfe theoretischer Schriften zu brauchen, stieg in demselben Maasse, in welchem der Trieb und die Fähigkeit zur eignen wissenschaftlichen Thätigkeit abnahmen.

telbare Einwirkung wäre denkbar. Hat diese aber nicht stattgefunden, während von Zeit des Cicero bis August die intellectuelle Bildung der Römer den Culminationspunct erreicht hatte, *) so ist es schwer an eine solche in späteren Jahrhunderten zu glauben, und was das allerentscheidendeste ist, auch nicht die leiseste Spur davon findet sich in den Ueberbleibseln der juristischen Röm. Literatur.

Dass zweitens eine Taciteische Betrübniss über die Gesunkenheit des Römerthums, ja dessen völlige Vernichtung, die edelsten Geister zu Beschäftigung mit dessen letztem, noch in der Jurisprudenz übrigen Reste getrieben habe, diese erhabene Ansicht ist schwerlich die richtige, denn jede Sphäre des Bildungszustandes

*) Eine Belegstelle giebt Cic. de Ll. lb. 1. cp. 5. In seinem Werke über die Gesetze nur diejenigen Normen behandelnd, auf welchen die Organisation des Staates beruht oder doch nach philosophisch ermittelten Voraussetzungen beruhen sollte, erklärt er am a. O. dass er dabei das Wissen der Juristen gänzlich werde bei Seite liegen lassen, dessen Fortschreiten er als ein blos von den Erfahrungen der Praxis abhängiges bezeichnet. Die XII Tafeln, dann das Edict waren der geschriebene Stoff, mit dem sie sich beschäftigten. (Non a prätoris edicto ut plerique nunc, neque a XII tabulis ut superiores sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas.) Diese Beschäftigung lief in die interpretatio aus, die, wo sie das weiteste Ziel erreichte, nur nachwies, wie unter die Worte der XII Tafeln ein in den Worten nicht begriffener Fall sich subsummiren lasse. z. B. die in Betreff von *arboribus* succisis gegebene Klage auch auf *vites* succisas sich übertragen, dem Edict des Prätors durch actiones praescriptis verbis sich eine weitere Ausdehnung geben lasse. Dass man aber weder das eine noch das andere auf speculativem Wege erforschte, sondern man dessen sich nur in soweit bewusst war, als in concreten Fällen das Rechtsbedürfniss dessen Bewusstsein hervorrief, das belegen noch jetzo die Pandecten auf allen Seiten in zahlreichen Belegstellen. Noch deutlicher sprechen die folgenden Worte es aus, wie die Juristen nach Ciceros Ansicht nicht theoretisch, nicht wissenschaftlich zu Werke gingen; denn als Grund, warum Cicero's Untersuchung de legibus von der philosophia ausgehen müsse, wird der angegeben, dass die Untersuchung nicht damit sich beschäftigen solle, quemadmodum caveamus in jure, aut quid de quaque consultatione respondeamus. Dazu also bedurfte es keiner Philosophie und dass die Leistung der Juristen nach Römischer Ansicht erschöpft war in den cavere und respondere, das ist bekannt.

einer Nation entwickelt sich aus einer innern, von mitwirkender Reflexion der Einzelnen frei gehaltenen Nothwendigkeit. Vielmehr ist anzunehmen, dass so lange das Element juristischer Bildung, das Formelwesen fortbestand, auch jene Bildung eine fortschreitende war. Als aber die öffentlichen, die politischen Verhältnisse das Formelwesen, die veränderte Gerichtsverfassung dasselbe in seinem hauptsächlichsten Sitze, der prätorischen Instruction des Prozesses vernichtet hatten, da war die Praxis in ihrem geistigen Elemente todtgeschlagen. Nur antiquarische und critische Capacität hätte sich noch zu vergegenwärtigen vermocht, was das belebende Princip der älteren in Schriften der Juristen documentirten Praxis war; an einer solchen Capacität fehlte es gänzlich und sie konnte sich nicht erzeugen in einer der trübseligsten Perioden, von welcher die Weltgeschichte Kunde giebt. Ohne Sinn für jenes belebende Princip war man natürlich keines anderen Gedankens fähig, als dessen, den Rechtszustand nach Präjudizen zu reguliren. Citirgesetze und endlich die Justinianeischen Compilationen entstanden als das unvermeidliche Product der in ihrem ersten Elemente todtgeschlagenen Praxis. Noch willkührlicher sind die Ansichten, welche v. S. Bd. 1. §. 13. S. 83. u. 84. des Systems des heutigen R. Rechtes ausspricht. Hier „hat das in der Nation aufgegangene wissenschaftliche Leben sich auch auf das Recht gewendet. Die Rechtswissenschaft war ein Zweig des allgemeinen in der Nation entstandenen wissenschaftlichen Lebens.“ Ist es bedenklich von einem allgemeinen in einer Nation entstandenen wissenschaftlichen Leben zu sprechen, so ist es doppelt bedenklich, wenn so etwas von den Römern prädicirt wird. Alles was man wissenschaftliches Leben der Römer nennen konnte, beschränkte sich auf den nur unvollständig gelungenen Versuch griechische Wissenschaft, mehr noch griechische Kunst auf Römischen Boden überzupflanzen, bestand also ursprünglich in nichts Volksthümlichen. Welcher Zweig dieser entlehnten Cultur hätte junges Grün in der Jurisprudenz treiben können, wenn es nicht die griechisch-römische Philosophie that? Dass diese es

nicht gethan hat, das beweist ihr erster und grösster Repräsentant, Cicero. „Langsamer," sagt v. S. weiter, „sei die Rechtswissenschaft zu derjenigen Reife gekommen, die ihr überhaupt unter den Römern beschieden gewesen sei und den Gipfel ihrer Vollendung habe sie zu der Zeit erreicht, wo im Allgemeinen Wissenschaft und Kunst schon sichtbar im Verfalle waren." Das Eingeständniss, eben da habe die Jurisprudenz den Culminationspunkt erreicht gehabt, wo die Wissenschaft und Kunst in Verfall waren, bestätigt nur, dass man jenen Culminationspunkt auf schlechterdings nicht wissenschaftlichem Wege erreichte. Denn so wenig jemand an einer Leiter mit dem einen Fusse hinauf und mit dem andern hinabzusteigen vermag, eben so wenig ist es möglich, dass die wissenschaftlich gebildete Intelligenz in dem einen ihrer Gebiete absterbe, in dem andern grüne und blühe, welche Unmöglichkeit keinesweges beseitiget wird, wenn man wie v. S. S. 84. sagt: „diese Entstehung der Rechtswissenschaft in Folge eines allgemein wissenschaftlichen Treibens gehört mit zu der natürlichen, von fremden und zufälligen Einflüssen nicht gestörten Entwickelung, wodurch sich überhaupt die Römer in ihrer Rechtsgeschichte vor andern Nationen auszeichnen." Nach diesen Worten gewinnt es das Ansehen, es nehme v. S. zur Zeit des Verfalles der Wissenschaft und Kunst, dennoch einen allgemeinen wissenschaftlichen Trieb der Nation an, und glaube es könne einen naturgemässen Zustand geben, in dem allgemeiner wissenschaftlicher Trieb einer Nation nur Jurisprudenz zu seinem höchst speciellen Objecte erkiesen möchte. Ueberhaupt stösst man auf Stellen, die höchlich über den Begriff verwirren, den v. S. an das Wort Rechtswissenschaft knüpft. So S. 85. u. 86. *) Hier ist offenbar

*) Einen ganz andern Zustand, als im alten Rom, finden wir im Mittelalter, als das Röm. Recht von einem grossen Theil der Europäischen Staaten aufgenommen wurde. Diese Aufnahme erzeugte einen künstlichen Rechtszustand, dessen Schwierigkeiten nur durch einen höhern Grad von Rechtskenntniss, als sie im Gemeingut der Nation denkbar ist, erworben werden konnte. Durch dieses Bedürfniss ent-

Rechtswissenschaft in dem Sinne von Rechts- oder Gesetzkunde genommen. Ich habe den allerhöchsten Respect vor den Glossatoren, welche genau kannten, ja auswendig wussten, was das Object ihres Wissens war. Wollte Gott, wir wären auf dem von ihnen betretenen Wege fortgegangen. Nie wäre dann der Inhalt des Corp. juris über die Masse desjenigen vergessen worden, was über dessen Inhalt geschrieben ist. Unser Lehren und Lernen hätte nie das Corp. juris aus der Hand legen können, das exegetische Verfahren wäre nie von dem dogmatischen verdrängt worden, immer sich unmittelbar an die Quellen haltend, hätte man dieselben in steter Wechselwirkung mit Philologie, Antiquitäten und historisch critischer Combination erhalten, der Geist der alten Praxis würde sich vor dem Auge der Mehrzahl der Juristen wieder belebt haben, ein gesunder, frischer, sich immer neu verjüngender Geist waltete in unsern civilrechtlichen Studien, das alles ist meine innigste Ueberzeugung; allein was ich mir unter Rechtswissenschaft der Glossatoren denken soll, das in der That weiss ich nicht. Indem sie zufolge eines colossalen, nur einer unwissenschaftlichen Zeit möglichen Irrthumes das Corp. juris als eine Sammlung von Gesetzen handhabten, schoben sie ohne weiteres die Mög-

stand eine juristische Schule und Literatur, ohne durch die allgemeine Bildungsstufe der Völker hervorgerufen zu sein. Auch hier also, wie im alten Rom, hatte die Rechtswissenschaft ihre eigenthümlichen, von den allgemeinen abweichenden Bildungsperioden, nur hier in umgekehrter Ordnung. Denn anstatt dass in Rom die höchste Blüthe der Rechtswissenschaft später eintrat, als die der andern Wissenschaften, entstand im Mittelalter die Rechtswissenschaft weit früher, als das allgemeine wissenschaftliche Leben der Völker erwachte. Die Einsamkeit, in welcher sie sich deshalb lange Zeit hindurch befand, erhöhte sehr die Schwierigkeit ihres Daseins, und machte ihr nach manchen Zeiten hin eine vollendete Ausbildung unmöglich. Allein die höhere Anstrengung, wozu die Glossatoren dadurch genöthigt wurden, gab ihrer Arbeit einen ernsten und würdigen Charakter, und der bedeutende Erfolg, der dieser Arbeit unter so schwierigen Umständen dennoch zu Theil ward, nimmt noch jetzt unsere Bewunderung in Anspruch.

lichkeit einer neurömischen Rechtswissenschaft bis zu dem Momente hinaus, wo man dieses Irrthumes sich abgethan hatte. Des von ihnen als Gesetz angesehenen Stoffes waren sie kundig, wie dieses Stoffes nie wieder ein Sterblicher dürfte kundig werden; allein ihr Wissen eine Rechtswissenschaft zu nennen ist nur dann möglich, wenn man Wissen und Wissenschaft für identisch hält.

Nachdem ich die Behauptung, das Wissen der Röm. Juristen sei kein wissenschaftliches gewesen und so wie ihre Thätigkeit allein auf die Praxis gewendet war, diese auch als das einzige Bildungsmittel des Juristen anerkannt gewesen, im Gegensatze zu widersprechenden Stellen in Schriften v. S's. durchzuführen gesucht habe, bemerke ich noch, dass ein solcher Zustand auch in heutigen Verhältnissen keinesweges ein unerhörter ist. Nicht darf ich hier von unsern juristischen Routiniers sprechen; denn obschon diesen alles ihr Wissen nur einen Werth um der Praxis willen hat und zugleich eben dieses Wissen nur durch die Praxis amplificirt wird (von Vervollständigen kann nicht die Rede sein), so ist doch die Gleichheit zwischen heutiger Routine und Röm. Praxis durch das nicht ganz unerhebliche Moment aufgehoben, dass jene Routine in Hinsicht auf alles, was man Geist und Leben nennen mag, von dieser Praxis so weit und weiter noch absteht als der Handwerker von dem Künstler. Wohl aber darf man mit vollem Rechte das Beispiel des englischen Sachwalters und Richters geltend machen, der blos mit der Bildung ausgestattet, welche er sich auf der Schule angeeignet hat, das Geschäftslocal eines älteren Practikers und die Theilnahme an dessen Geschäften, als den Hörsaal und das Studium betrachtet, durch die er, wie Hunderte vor ihm, sich zum Sachwalter und Richter ausbildet. Wie verschiedenartige Ausstellungen nun auch gegen den englischen Rechtszustand mögen erhoben werden, so tadelt doch der mit seiner Nation juristischen Verhältnissen vertraute Engländer, dem gegenüber der Deutsche kein competentes Urtheil hat, keinesweges, dass die Praxis die wissenschaftliche Basis entbehre, keinen wissenschaftlichen Ausgangspunkt nehme;

ja er ist sich des Unterschiedes zwischen geistloser Routine und würdiger Praxis gar nicht bewusst. Somit lehrt uns das Beispiel des politisch grössten Volkes der heutigen Erde, dass die juristische Praxis in sich selbst alle Bedingungen juristischer Bildung tragen kann, und dass da, wo die auf sich selbst beschränkte Praxis zur Routine herabsinkt, der leidige Uebelstand in der Ideosynkrasie der gegebenen Praxis liegen muss.

§. 5.

Fortsetzung.

Ich habe behauptet und auseinander zu setzen gesucht, wie das Formelwesen auf der den Völkern des Alterthums eigenthümlichen, weit von heutigen Ansichten abweichenden Maxime beruhte, des Staatsbürgers ganz eigentlich persönliche, concrete Freiheit sei dasjenige Gut, welches vor allen in dem bürgerlichen Vereine und insonderheit von den Rechtsinstitutionen garantirt werden müsse, wie diese Maxime in dem Formelwesen und in dem von den Formeln regulirten jure civili durchgeführt wurde, in diesem das jus gentium sich dergestalt vorgebildet fand, dass die allgemeinste Vorstellung die man von selbigen sich zu machen hat, die ist, dass es ohne Gebrauch von Formeln dasjenige Recht garantirte, dessen sich die Praxis in und mit dem Formelwesen war bewusst geworden. Auch diese Ansicht suche ich des Weiteren zu begründen, indem ich mich zu den entgegenstehenden v. S's. wende.

Da übereinstimmend alle Vorstellungen vom jus gentium der Römer demselben das Kennzeichen beilegen, keinem souveränen Willen entsprungen gewesen zu sein, der je nachdem Einsicht oder Zufall ihn dazu bestimmte, Satzungen zu Rechtsregeln macht, somit aber jus gentium den Gegensatz desjenigen Rechtes bildet, was die bisher übliche juristische Terminologie das positive nannte, so muss ich mir zunächst, so viel möglich, v. S's. eigenthümliche Aussprüche über positives Recht verdeutlichen. Man könnte, sagt er, (m. s. Bd. 1. §. 7 u. 8. S. 13—21.) „annehmen wollen,

1) das Recht habe eine ganz verschiedene Entstehung, je nachdem Einflusse des Zufalls oder auch menschlicher Willkühr, Ueberlegung und Weisheit; jedoch 2) jene Annahme sei unvereinbar mit der unzweifelhaften Thatsache, dass überall, wo ein Rechtsverhältniss zur Frage und zum Bewusstsein komme, eine Regel für dasselbe längst vorhanden und also jetzt erst zu erfinden weder nöthig noch möglich sei. In Beziehung 3) auf diese Beschaffenheit des allgemeinen Rechtes, nach welchem es in jedem gegebenen Zustande, in welchem es gesucht werden könne, als ein gegebenes schon ein wirkliches Dasein habe, nennten wir es ein positives Recht.“

Ohnstreitig nimmt v. S. die Existenz eines Rechtes in jedem Falle an,*) wo eine gebietende oder verbietende Norm äussere positive oder negative Handlungen zu erzwingbaren macht. Jedes Gebot oder Verbot geht aus einem darauf gerichteten Willen hervor, der, als solcher, nothwendig entweder von der Einsicht oder der Einsichtslosigkeit muss ausgegangen sein. Dass nun aber in unserem Rechtszustande eine Menge solcher Gebote oder Verbote keinesweges die Einsicht zu ihrer Erzeugerin haben, das ist keine Annahme, sondern eine Thatsache; und ebenfalls ist es eine unleugbare Thatsache, dass nicht überall, wo ein Rechtsverhältniss zur Sprache oder zum Bewusstsein kommt, die Regel schon längst vorhanden ist. Als in dem Falle, den Cicero in de officiis berichtet, der Käufer eines Grundstückes betrogen war, weil der Verkäufer ihn über dessen Ertragsfähigkeit in Irrthum zu versetzen gewusst hatte, da kam es zur Frage und man wurde sich bewusst, dass hier eine Abhülfe nöthig sei, und dennoch fand sich keine Regel, die sie erreichbar gemacht hätte. Die Nöthigung diese Regel zu suchen und die Unmöglichkeit sie in den geltenden Rechtssätzen zu finden, erzeugte des Aquilius Gallus formulas de dolo malo. Ferner nennt v. S. das allgemeine Recht positives Recht, dies in Folge der

*) Dass solcher Art Fälle nicht die einzigen sind, wo das Vorhandensein eines Rechtes anzuerkennen ist, versteht sich von selbst.

dem allgemeinen Rechte beigelegten Beschaffenheit, in jedem gegebenen Zustande ein gegebenes, schon wirkliches Dasein zu haben. Allgemeines Recht kann man aber nur dasjenige nennen, das überall gilt, wo ein Rechtszustand besteht. In einer solchen allgemeinen Gültigkeit steht aber nur die negative Wahrheit, dass nirgends etwas Rechtens sein kann, das zu den Rechtsinstituten, die unzertrennbar von dem bürgerlichen Vereine sind, einen begriffswidrigen Gegensatz bilden würde, dass z. B. kein Vertrag ohne Consens möglich, keinem Eigenthümer benommen ist, bei Verfügung über die Sache den eigenen Willen zur Norm zu machen, dass der Beschenkte nicht den Werth der geschenkten Sache zu bezahlen hat. Damit ist aber noch nicht die mindeste Gewissheit dafür gegeben, dass zu verschiedenen Zeiten oder bei verschiedenen Völkern das Urtheil gleiche factische Verhältnisse, in denen wir Personen einander gegenüber gestellt finden, nach gleichen Regeln dürfte zu geben sein. Denn das Sichtbarwerden des Rechtsinstitutes selbst kann an jedem Orte von andern Voraussetzungen abhängen. So gut in ältesten Zeiten die Römer einen Contract nur dann annahmen, wenn er in Form einer Stipulation eingegangen war, eben so gut könnte in einem andern Rechtszustande nur der schriftlich errichtete Vertrag Gültigkeit haben, was denn auch an vielen Orten der Fall hinsichtlich vieler Verträge ist. Demnach sind zwar gewisse Rechtsinstitute allgemein verbreitet, und jemehr der Culturzustand einer Mehrheit von Nationen den ausgebildetesten, gegenseitig sich gleichenden Standpunkt erreicht hat, um so grösser wird die Zahl gleichmässig verbreiteter Rechtsinstitute sein; allein für gleichmässige Verbreitung gleicher Rechtsregeln, gleicher Normen des Urtheils in gleichen concreten Fällen, folgt daraus nicht das Mindeste. Endlich ist nicht abzusehn, warum man ein angenommenes allgemeines Recht, das also kein geschriebenes sein könnte, im Gegensatz aller üblichen und sprachgemässen Terminologie ein positives nennen möchte.

Allerdings sehen wir in den später folgenden Sätzen,

dass in diesen v. S. einen andern Begriff mit positivem Recht verbindet. Allein um nichts weniger bleibt gewiss, dass man den Sinn seiner Worte in den bisher mitgetheilten Sätzen nicht anders auffassen konnte, welche Sätze übrigens weder als wahr noch auch als nur in sich consequent durchgeführt erscheinen, wenn man damit die folgenden verbindet, in welchen Volksrecht und positives Recht für gleichbedeutend ausgegeben werden, indem als letzteres prädicirt wird, dasjenige, das in und für das Volk sein Dasein habe, in dem gemeinsamen Bewusstsein des Volkes lebe. Hier ist also positives Recht, das eigenthümliche Recht eines jeden Volkes und also nicht allgemeines Recht und auch in diesem Sinne das Wort positiv auf die allerwillkührlichste Weise gebraucht. Wie benennt denn v. S. Satzungen von Art derjenigen, nach welcher eine Schenkung von mehr als 500 solidis der gerichtlichen Insinuation zu ihrer Gültigkeit bedarf? Hat diese Regel jemals in dem Bewusstsein des Volkes oder des die juristische Bildung des Volkes repräsentirenden Juristenstandes gelebt? Ja wie kann v. S. an irgend ein rechtbildendes Rechtsbewusstsein glauben, er, der die Möglichkeit annimmt, dass von Menschenalter zu Menschenalter eine neue Theorie der Culpa könne zu Tage gefördert werden und Anspruch haben in der Praxis zu gelten? Er giebt zu 5) undenkbar sei es, dass durch die Willkühr der einzelnen Glieder des Volkes, das Recht hervorgebracht werde; denn „diese Willkühr der Einzelnen könnte vielleicht zufällig dasselbe Recht, vielleicht aber auch und wahrscheinlicher“ (darinne muss jedermann beistimmen) „ein sehr mannigfaltiges erwählen. Vielmehr sei es der in allen Einzelnen lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeuge, das also für das Bewusstsein jedes Einzelnen nicht zufällig sondern nothwendig ein und dasselbe sei.“

Nothwendig für das Bewusstsein jedes Einzelnen ist nur dasjenige, was auf rein logischem Wege z. B. durch mathematische Demonstration, sich als unableugbare Wahrheit darstellen lässt. Dass der Volksgeist,

dass die unbewusste Uebereinstimmung der einzelnen Mitglieder des Volkes, in dem Sinne solcher Wahrheit verfahrend, sich selbst unbewusster Weise den Codex dieser Wahrheiten entdecken könne, das finde ich eben so einleuchtend, als ich es glaublich finde, dass die reine Mathematik das Erzeugniss der angewandten sei.

Nachdem in der mitgetheilten Maasse v. S. darüber gesprochen hat, wie die in der Gesammtheit der Volksmitglieder sich zum Bewusstsein steigernde oder dem Bewusstsein gleich verfahrende Bewusstlosigkeit der Einzelnen das positive Recht erzeuge, findet er sich dadurch bestimmt: „eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechtes anzunehmen, auf deren urkundlichen Beweis man eben um der Unsichtbarkeit des Entstehens willen verzichten müsse.“ Augenscheinlich denkt von hier an v. S. unter positivem Rechte sich das nemliche, was sich darunter auch die tagtägliche Terminologie denkt, den Inbegriff der in Gestalt gebietender oder verbietender Regeln ausgesprochenen Satzungen. Denn er sagt: für die unbewusst bewusste Erzeugung des positiven Rechtes in und aus dem Volke, sei „ein Beweis die allgemeine gleichförmige Anerkennung des positiven Rechtes, das Gefühl der innern Nothwendigkeit, wovon die Vorstellung desselben begleitet sei. Am bestimmtesten spräche dies Gefühl sich aus, in der uralten Behauptung eines göttlichen Ursprunges des Rechts oder der Gesetze, indem ein entschiedenerer Gegensatz gegen die Entstehung durch Zufall sich nicht denken lasse.“ Somit nimmt v. S. eine unsichtbare Entstehung der Gesetze an, welcher auf den ersten Anblick höchst überraschende Ausspruch, indem wir alle Tage jeder Art Gesetze unter unsern Augen entstehen sehn, und alles Sichtbare nothwendig muss auf sichtbare Weise zu etwas Sichtbarem geworden sein, eine Stütze finden soll in der „Analogie mit anderen Eigenthümlichkeiten der Völker, die eine eben so unsichtbare, über die urkundliche Geschichte hinausreichende Entstehung hätten, als z. B. die Sitten des geselligen Lebens, vor allem aber die Sprache.“ „Bei dieser findet sich,“ nach v. S., „dieselbe Unabhängigkeit

von Zufall und freier Wahl der Einzelnen, dieselbe Erzeugung aus der Thätigkeit des in allen gemeinsam wirkenden Volksgeistes; nur sei, meint er „dies alles bei der Sprache durch die sinnliche Natur derselben anschaulicher und unverkennbarer als bei dem Rechte.“ Geradezu schwindelerregend sind diese Behauptungen, von denen als constatirte Wahrheit nur die gelten kann, dass kein Volk in das Gebiet der uns bekannten Geschichte eintritt, ohne dass wir zugleich bei demselben ein positives Recht vorfänden. Indem aber dieses Rechtes Entstehen in eine vorgeschichtliche Zeit fällt, fällt zu gleicher Zeit auch von unserm Wissen die Erkenntniss aus, wie das bei einem Volke in dessen frühster historischen Periode sich vorfindende Recht entstanden sei. Schwer sollte es v. S. fallen irgend ein Volk auf Erden nachzuweisen, das die Regeln des bei ihm geltenden Privatrechtes jemals göttlichem Ursprunge zugeschrieben hätte. *) Nur die publicistischen Institutionen, welche einen souverainen, Regeln für das Privatrecht festzustellen geeigneten Willen in das Leben riefen, die Organisation des Staates leitet der Glaube alter Völker von einer göttlichen Sanction, und also von einem höheren, über und ausser dem Volke gestellten Willen ab. In des Volkes Bewusstsein lebendig ist einzig und allein die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der **Rechtsinstitute**, davon dass in

*) Wenigstens dem Cicero kann so etwas nicht in dem ganzen Alterthume vorgekommen sein. In Lb. I. cp. 4. de LL. antwortet er auf die Frage: quaeso de jure civili quid sentias? also: Egone? summos fuisse in civitate nostra viros, qui id interpretari populo et responsitare soliti sint: sed eos, magna professos, in *parvis* esse versatos. Quid enim est tantum, quantum jus civitatis, quid autem *tam exiguum*, quam est munus hoc eorum, qui consuluntur? quamquam est populo necessarium. Nec vero eos, qui ei muneri praefuerunt, universi juris expertes fuisse existimo; sed hoc civile, quod vocant, eatenus exercuerunt, quoad populum praestare voluerunt. Id autem *in cognitione tenue est*, in usu necessarium. Quam ob rem, quo me vocas? aut quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum jure? aut ut stipulationum et judiciorum formulas componam? quae et scripta sunt a multis diligenter, et sunt *humiliora, quam illa, quae a vobis exspectari puto.*

dem Staate Eigenthum, austauschender Verkehr u. s. w. Garantie finden müssen. Der Regeln, durch deren Entstehung diese Garantie soll gewährt werden, ist das Volk sich nur insoweit bewusst, als es jede Regel für eine widersinnige erkennt, die, in directem Widerspruche zu der Idee des Institutes stehend, dasselbe zerstören würde. Nicht an die Rechtsregeln glaubt es, sondern an das Recht, d. h. es ist überzeugt, Ordnung sei das erste Bedürfniss des socialen Zustandes und darum müsse, so lange dieser nicht soll aufgehoben sein, auch die tadelnswerthe Rechtsregel gelten, denn die Ordnung wäre zerstört, unterwürfe man sich nicht der Regel, so lange der souveraine Wille, aus dem sie hervorgegangen ist, sie nicht widerrufen hat. Wer allüberall den Rechtsregeln den Character innerer Nothwendigkeit vindicirt, wer von dem Dasein des uns gegebenen positiven Rechtes so etwas zu behaupten vermag, den trifft der Verdacht, sich im Stillen nicht ableugnend, gar vieles von diesem Stoffe habe die Einsichtslosigkeit und der Zufall zusammengebracht, empfinde er mit Verdruss, daraus lasse sich nie das Object einer Wissenschaft herstellen, und daher müsse man, um sich nichts destoweniger einer Wissenschaft rühmen zu können, so lange nur irgend möglich behaupten, der Jurist, der heutige Jurist behandle einen aus der allgemein menschlichen und der eigenthümlich nationellen Organisation jedes Volkes eben so frei von willkührlichen Einwirkungen hervorgezogenen Stoff als derjenige ist, mit dessen Organismus sich die philosophische Sprachforschung beschäftiget.

Die Unverständlichkeit, mit welcher v. S. uns im Tone höchster und unfehlbarer Selbstüberzeugung belehrt, steigert wo möglich sich da, wo er von „der Gestalt“ spricht, „in der das Recht in des Volkes gemeinsamen Bewusstsein lebe.“ „Nicht in einer abstracten Regel,“ sagt er, „sondern in der lebendigen Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhange sei diese Gestaltung ausgebildet, so dass, wo das Bedürfniss entstehe der Regel sich in ihrer logischen Form bewusst zu werden, diese

erst durch einen künstlichen Prozess aus jener Totalanschauung müsse gebildet werden." Zu wünschen wäre, dass v. S. an einem Beispiele die Vorstellungen dargelegt hätte, die er mit diesen Worten verbindet. Dies hat er nicht gethan; darum wird es erspriesslich sein, an Beispielen uns bewusst zu werden, wie weit des Volkes Rechtsbewusstsein gehe. Ein Rittergutsbesitzer*) hatte einem Oekonomen den Auftrag gegeben, es solle ihm dieser einen vollständig sichern und zahlungsfähigen Käufer verschaffen, der das Gut für 100,000 Thlr. erkaufe und hatte ohne einen irgend limitirenden Zusatz die Erfüllung des Auftrages mit 1000 Thlr. zu honoriren versprochen. Des Beauftragten Thätigkeit wies einen solchen Käufer zu. Als aber mit diesem der Verkäufer auf die genannte Summe abschloss, erklärte er zugleich, realisiren liesse sich das Geschäft nur dann, wenn ein Mitbelehnter einwilligte. Der Käufer setzte einen Termin, bis zu dem er, in Erwartung dieser Einwilligung, wollte gehalten sein, und es zerschlug sich das Geschäft, weil der Termin ablief, ohne dass jene Zustimmung konnte beigebracht werden. Dass der Unterhändler um nichts weniger die versprochenen 1000 Thlr. zu fordern berechtigt war, darüber werden alle Juristen einer Meinung sein. Ich erinnere mich aber, dass eine ganze Gesellschaft der gebildetesten Leute, die aber nicht Juristen waren, dies für unbegreiflich und es für eine Infamie des Unterhändlers erklärte, fordern zu wollen, was der Verkaufslustige unter solchen Umständen zahlen würde, ohne dafür den beabsichtigten Zweck erreicht zu haben. Beim Lichte besehen war der Grund des Widerspruches auf Seiten der Widersprechenden kein andrer als der, dass sie nach ihren Verhältnissen die Möglichkeit in eine Lage wie die des verlierenden Rittergutsbesitzers zu kommen, sich leichter denken konnten, als den Fall, jemals aus gleichem Grunde wie der Oekonom eine Forderung von 1000 Thlrn. zu haben, wogegen Unterhändler und Geschäfts-

*) Jeder Jurist, der sich mit Nichtjuristen über die Entscheidung juristischer Fälle unterhält, wird gleiche Erfahrungen machen und mein Räsonnement anwendbar auf dieselben finden.

leute derjenigen Art, welcher Letzterer angehörte, dem verurtheilenden Richter würden beigestimmt haben; dies aus dem einfachen Grunde, weil der Ausspruch des Sittengesetzes: was du willst, dass dir die Leute thun sollen, das thue auch ihnen, sich den Beistimmenden wie den Widersprechenden in den Satz umwandeln würde: ich wünsche, dass andern geschehe und nicht geschehe, was ich wünschen muss, dass mir geschehe und nicht geschehe. Beiden Partheien würde aber die juristische Betrachtung entgangen sein, dass hier mit den Sittengesetzen überhaupt nicht auszukommen war; denn das Recht verlangt allgemeine Normen, von welchen gleiche factische Prämissen, allüberall wo sich äussere Verhältnisse einer und derselben Categorie darstellen, gleicher Beurtheilung unterworfen werden, wogegen die Sittlichkeit berücksichtigt auch was ausser diesen Prämissen liegt. Wäre der Oekonom selbst ein reicher Mann gewesen, so würde er als wohlgesitteter Mann die Forderung nicht gemacht haben, brauchte er, was er auf erlaubte Weise verdient hatte, um eignen Verbindlichkeiten zu genügen und nicht dritte Personen Noth leiden zu lassen, so wäre es unsittlich gewesen, die Forderung nicht einzutreiben; wogegen, der Oekonom mochte reich oder arm sein, der Jurist nur die Norm in das Auge zu fassen hatte: dass, wer einen Vertrag gegen zugesagte Vergütung ausführt, diese fordern darf, unbekümmert darum, ob die Ausführung dem Auftraggeber auch nur das Mindeste genützt habe.

Nur die juristische Bildung vermag Recht und Sittlichkeit zu unterscheiden, und diese Unterscheidung führt in unzähligen Fällen zu Aussprüchen, denen Niemand aus dem Volke beizustimmen geneigt ist, ja der Richter, welcher den Codex der Sittlichkeit zur Entscheidungsnorm machte, würde sogar die Sicherheit der bürgerlichen Ordnung zerstören und doch dafür in vielen Fällen nicht einmal überwiegende Beistimmung bei dem Volke ärndten. Wende man mir nicht ein, ein so ungebildetes Rechtsbewusstsein sei nur in heutigen Verhältnissen möglich, wo das Recht zu einem Gegenstande des Wissens, des gelehrten und also der Anschauung des Volkes entzogenen Wissens geworden sei.

Um das Unbegründete eines solchen Einwandes an Römischen rechtsgeschichtlichen Momenten nachzuweisen, vor allen Dingen die Bemerkung, dass, während an v. S's. Volksbewusstsein als Quelle des Rechtes ich nicht glauben kann, v. S. mir dagegen wird zugeben müssen, dass in jedem concreten Falle einem jeden Unbetheiligten sein Bewusstsein zu sagen vermag, was das Sittengesetz erfordert. Wenn nun schon die Rechtsregeln niemals den Codex des Sittengesetzes bilden können, so ist doch auch andrerseits unleugbar gewiss, an die Rechtsregeln ergeht die Forderung, das Sittengesetz aufrecht zu erhalten, insoweit als allgemeine, gewisse Categorien von Fällen umfassende Regeln im Stande sind, zwischen Sittengesetz und Handlungen die Conformität in der äussern Erscheinung sicher zu stellen. Insoweit liesse sich also ein in dem Volke lebendes Rechtsbewusstsein annehmen. Allein wie lange dauerte es nicht, ehe und bevor auch nur insoweit dasselbe bei den Römern practische Geltung erhielt! So z. B. sagt einem Jeden sein Bewusstsein, dass er mit Wagen und Geschirr, die man ihm geliehen hat, sechs Meilen weit zu fahren, nicht auch zwölf Meilen fahren darf. Wenn es nun aber Valerius Maximus Lb. VIII. cp. 2. num. 4. als einen periodemachenden Moment der Römischen Jurisprudenz das judicium bezeichnet, in dem man zuerst darauf verfiel, ein solches Verfahren unter das furtum zu subsummiren und als furtum usus zu verpönen, so muss vielfältig dasselbe vorgekommen sein, ehe man jenem Bewusstsein practische Geltung verschaffte. *) Das gesammte citirte Capitel des Valerius Maximus dient als Beleg für diese Bemerkung, um so mehr, als alle die hier referirten Entscheidungen in die Zeit von der Mitte des 6. bis in die andere Hälfte des 7. Jahrhunderts nach Erbauung der Stadt fallen. **) Die

*) Multus sermo eo judicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, quod equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esset.

**) Claudius Centumalus ab auguribus jussus altitudinem domus suae, quam in Coelio monte habebat, summittere, quia bis ex arce augurium capientibus officiebat, vendidit eam Calpurnio Lanario; nec

Gestalt, in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewusstsein des Volkes lebt, soll sich, nach v. S's. weiteren Behauptungen „durch die symbolischen Handlungen offenbaren, die das Wesen der Rechtsverhältnisse bildlich darstellten und in welchen sich die ursprünglichen Volksrechte meist deutlicher und gründlicher aussprächen, als in den Gesetzen.“ Zum häufigsten wiederholt in derjenigen Literatur, an deren Spitze v. S. steht, sich diese Behauptung, ohne dass zur Zeit man es für nöthig gehalten hätte, nachzuweisen, welche Handlungen bei den Römern symbolische d. h. bestimmt gewesen wären, etwas anderes zu bedeuten, als sich darinne

indicavit quod imperatum a collegio augurum erat. A quibus Calpurnius demoliri domum coactus, M. Porcium Catonem, inclyti Catonis patrem, arbitrum Claudio addixit, et formulam, quidquid sibi dare, facere, oporteret ex fide bona. Cato ut est edoctus, de industria Claudium edictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnavit. Summa quidem cum aequitate: quia bonae fidei venditorem, nec commodorum spem augere, nec incommodorum cognitionem obscurare oportet.

C. Visellius Varro, gravi morbo correptus, trecenta millia nummum ab Otacilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est: eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde Visellius ex illa tempestate adversus vota Otaciliae. Quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito destrictam foeneratricem agere coepit nummos petendo, quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. De qua re C. Aquilius vir magna eauctoritatis, et scientia juris civilis excellens, judex addictus, adhibitis in consilium principibus civitatis, prudentia et religione sua mulierem repulit. Quod si eadem formula et Varro damnari, et adversaria absolvi potuisset, ejus quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit.

Cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam impudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam, dote spoliare conaretur: sumtus inter eos judex, in conspectu habita quaestione, seductum Titinium monuit, ut incepto desisteret, ac mulieri dotem redderet. Quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare, mulierem impudicitiae ream sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit: praefatus, idcirco se hunc judicandi modum secutum, quod liqueret sibi, Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem, impudicae conjugium expetisse.

sichtlich wahrnehmbarer Weise aussprach, wie man darauf hätte verfallen mögen, das Wesen der Rechtsverhältnisse bildlich darzustellen, während man nur das Bedürfniss haben konnte, Formeln zu besitzen,an deren Beobachtung sich auf unzweideutigste und darum sicherste Weise das Entstehen und Aufheben von Rechtsverhältnissen knüpfte. Betrachten wir z. B. eine der ältesten feierlichen Handlungen, die sogenannte vetus emancipatio der Kinder und fragen wir uns, ob wir hier wohl etwas symbolisches, das bildliche Darstellen eines Rechtsverhältnisses, nicht vielmehr eine Geschäftsform erblicken, die eben in der Ueberzeugung wurzelte, dass eine Deutung des Actes unzulässig sei. Der hausherrlichen Gewalt über seinen Sclaven konnte der pater familias sich entäussern. In einer gewissen Art war aber eine solche Entäusserung eine unvollständige, indem sie in dem Patronate über den Freigelassenen eine nicht unwichtige Spur des früheren Verhältnisses zurücklies; nicht aber konnte man einen Haussohn der väterlichen Gewalt entlassen. Sollte dieser bei des Vaters Lebzeiten aus dessen Gewalt treten, so musste der Vater ihn an einen Andern verkaufen und dieser ihn emancipiren. Warum das so war, vermag ich nicht anzugeben. Die unitas personae, welche zwischen Vater und Sohn obwaltend, Geschäfte zwischen diesem und jenem unmöglich machte, während die Emancipation des Sohnes sich wie ein Geschäft zwischen ihm und dem Vater ansehen liess, kann hiervon nicht der Grund gewesen sein, denn auch zwischen Herrn und Sclaven war kein Geschäft möglich und doch konnte der Sclave ohne Vermittlung eines Dritten der hausherrlichen Gewalt entlassen werden. Allein jene Art die Söhne zu emancipiren wurde durch ein Gesetz schon in den ältesten Zeiten abgeschafft. Denn wenn der Käufer des Sohnes denselben emancipirte, so lebte des Vaters Gewalt an ihm wieder auf. Dionys von Halicarnass nennt in II. 27. den Romulus als Verfasser gedachten Gesetzes; uralt muss es sein, denn sonst hätten die zwölf Tafeln es nicht modificiren können. Jenes Gesetz wird entweder unpopulär oder populär gewesen sein, wie man aber seine

Entstehung auf ein gemeinsames Bewusstsein des Volkes zurückzuführen vermöge, ist nicht abzusehen; Geltung konnte es nur in Gestalt einer Satzung finden, denn sonst hätte es des Gesetzes nicht bedurft. Die XII Tafeln beschränkten (Gajus Lb. 1. § 132) dasselbe durch die Vorschrift: si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto. Hierdurch wurde die emancipatio vetus fertig; man verkaufte den Sohn dreimal nach einander und der Käufer liess ihn eben so oft frei, und so wurde er endlich liber a patre. Hierin liegt nichts symbolisches, sondern das unmittelbare Eintreten in Verhältnisse, womit das Gesetz die von den Handelnden beabsichtigte Folge verknüpft hatte. Auf eine solche Anwendung des geschriebenen Rechtes liefen sämmtliche legis actiones hinaus. Legibus proditae, ipsarum legum verbis accommodatae erant. (Gaj. Lb. IV. §. 11.) Hätte man auf die Bedeutung des Actes der vetus emancipatio gesehen, so wäre die Wirkung gestört worden. Denn das dreimalige Verkaufen, das an einem und demselben Tage geschehen konnte, (Pauli sent. rec. II. 25. 2.) und also wohl auch in unmittelbarer Aufeinanderfolge während einiger Minuten, war eine blosse Form, der Sache und Bedeutung nach der einfache, den Sohn der väterlichen Gewalt zu entlassen bestimmte Act, der, wenn man sich nicht einzig und allein an die angedeutete Form gehalten hätte, des Zweckes, wie schon gedacht, hätte verfehlen müssen.

Die eben erörterten Behauptungen v. S's. bilden die Unterlage seiner Ansichten von dem Röm. jus gentium in folgendem Zusammenhange. Das von ihm angenommene „rechterzeugende Rechtsbewusstsein des Volkes," sagt er S. 17 und 18 „würde endlich bei immer mehr fortschreitender Sonderung der Beschäftigungen, Kenntnisse und der dadurch bedingten Verschiedenheit der Stände ganz verschwinden, wenn sich nicht dafür durch den Einfluss derselben neuen Zustände, wiederum eigene Organe bildeten, die Gesetzgebung, die Rechtswissenschaft." Deren Betrachtung, auf welche wir weiter unten zurückkommen werden, aussetzend, wendet er in §. 8. S.

18—21 sich wieder zu dem Volke als dem Träger des positiven Rechtes zurück und geht dann zu dem jus gentium in den unten abgedruckten Worten über. *) Wer einen solchen Ausgang und Anlauf nimmt, um zu dem jus gentium zu gelangen und dabei hartnäckig entschlossen ist, den Röm. Juristen Wissenschaftlichkeit nachzurühmen, dem, sollte man meinen, bliebe keine andere Wahl als in dem jus gentium das allgemeine menschliche, in dem Römischen sich abspiegelnde und von den juristischen Schriftstellern in systematischer Form zur Anschauung gebrachte Rechtsbewusstsein zu erblicken.**) Zu belegen, dass dasjenige, was v. S.

*) S. 20. „Diese Ansicht, welche das individuelle Volk als Erzeuger und Träger des positiven oder wirklichen Rechts anerkennt, dürfte Manchen zu beschränkt erscheinen, welche geneigt sein möchten, vielmehr dem gemeinsamen Menschengeist, als dem individuellen Volksgeist, jene Erzeugung zuzuschreiben. In genauerer Betrachtung aber erscheinen beide Ansichten gar nicht als widerstreitend. Was in dem einzelnen Volk wirkt, ist nur der allgemeine Menschengeist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart. Allein die Erzeugung des Rechts ist eine That, und eine gemeinschaftliche That. Diese ist nur denkbar für diejenigen, unter welchen eine Gemeinschaft des Denkens und Thuns nicht nur möglich, sondern auch wirklich ist. Da nun eine solche Gemeinschaft nur innerhalb der Grenzen des einzelnen Volkes vorhanden ist, so kann auch nur hier das wirkliche Recht hervorgebracht werden, obgleich in der Erzeugung desselben die Aeusserung eines allgemein menschlichen Bildungstriebes wahrzunehmen ist, also nicht etwa die eigenthümliche Willkühr mancher besonderen Völker, wovon in andern Völkern vielleicht keine Spur angetroffen werden könnte. Nur darin findet sich eine Verschiedenheit, dass dieses Erzeugniss des Volksgeistes bald dem einzelnen Volke ganz eigenthümlich, bald aber in mehreren Völkern gleichmässig vorkommend ist. Wie die Römer diese allgemeine Grundlage des Volksrechtes als jus gentium aufgefasst haben, wird unten gezeigt werden.“

**) Ich wiederhole hier, dass meine Ansicht von dem, was die Römer jus gentium nannten, sich an diejenigen Vorstellungen anschliesst, die ich mit den Worten Rechtsinstitut, Rechtsverhältnisse und Rechtsregeln in ihrer Beziehung auf das Privatrecht verbinde. Jenen Vorstellungen ist z. B. väterliche Gewalt ein Rechtsinstitut und die Regeln, welche wir unter eine dem Institute gleichnamige Rubrik stellen, um danach zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen wir väterliche Gewalt annehmen und welche Folgen an das Vor-

über jus gentium sagt, diese Erwartung nicht erfüllt, brauchte man nur auf Bd. 1. S. 109—114 zu verweisen; allein eine nähere Erörterung ist um desswillen nöthig, weil im Gegensatz zu seinen Behauptungen alles, was eben über jus gentium gesagt und untenstehend in der Kürze ist wiederholt worden, von zu grossem Einflusse auf die Würdigung des Röm. Rechtes ist, als dass eine nähere Prüfung der Ansichten v. S's, nicht unerlässliche Pflicht sein sollte. „Der frühe Verkehr mit benachbarten fremden Völkern“ meint er, „habe es nothwendig gemacht, neben dem einheimischen Rechte auch das Recht von Peregrinen in Röm. Gerichte anzuwenden, also auch kennen zu lernen, und zwar nicht blos das eines einzelnen fremden Staates, sondern auch das mehreren derselben gemeinsame, dessen Erkenntniss auf der fortgehenden Sammlung und Vergleichung mehrerer fremder Rechte beruht habe, auf einem Ver-

handensein derselben sich knüpfen, bedingen die Rechtsverhältnisse oder dasjenige, was wir als Recht und Verbindlichkeit von zwei Personen zu prädiciren haben, wenn sie sich uns gegeneinander in der Beziehung des Vaters zum Sohne darstellen. In jedem nur einigermassen vorgeschrittenen Culturzustande verschiedener Völker finden sich gleichnamige Rechtsinstitute, bei den Römern nach den XII Tafeln wie bei den Türken nach der Einnahme von Constantinopel. Dadurch aber ist nichts weniger garantirt als positive Uebereinstimmung der Rechtsregeln, sondern nur eine negative, indem z. B. das Erbrecht es unmöglich macht, eines Verstorbenen Güter als herrenlos gewordene, dem primo occupanti zufallende zu betrachten. Insofern die Rechtsinstitute, mit deren Gegebensein noch keine concrete Gestaltung derselben gegeben ist, in Beziehung auf den Römischen Bürger, als solchen, eine besondere Gestaltung annahmen, sei es nun in Hinsicht auf die materiellen daraus sich ergebenden Beziehungen oder in Hinsicht auf die Formen der unter dieser oder jener Rechtsinstitutscategorie vorkommenden Geschäfte, waren sie jus civile, insoweit eine solche Besonderheit nicht eintrat, jus gentium. Allein die Rechtsregeln des als jus gentium in das Auge gefassten Instituts, waren Röm. Nationalrecht, dem eine Uebereinstimmung mit den Rechten andrer Völker nur insoweit gesichert war, als gleichnamige Rechtsinstitute der Völker gleichmässig jede Regel ausschliessen, die das Institut vernichten würde, ja es waren die positiven Regeln des juris gentium wo nicht geradezu ausgebildet, doch in das Bewusstsein der Praxis getreten vermittelst des juris civilis.

fahren, wobei die geschriebenen Gesetze fremder Völker hätten können „— sollte wohl heissen: müssen — „benutzt werden.“

Aus dem gesammten corp. jur. wird, etwa die lex Rhodia ausgenommen, v. S. kaum eine Spur davon nachweisen können, dass die Röm. Juristen sich um Rechte des Auslands bekümmert hätten. Hätten sie es gethan, so wären casuistische Erörterungen der Art, wie ich sie in Bd. II. Num. VII. S. 85. und flgd. der Rechtsfälle mitgetheilt habe, unausbleiblich gewesen sein. Dass in keinem Ueberreste Röm. Jurisprudenz auch nur entfernt die Frage ist aufgeworfeu worden, wie bei Collisionen zwischen dem einheimischen und fremden oder dem Rechte dieses uud jenes Auslandes zu verfahren sei, beweist, dass solche Collisionen nicht vorgekommen sind, und dass sie nicht vorgekommen sind, das beweist anderweit, dass man sich nicht um fremde Rechte bekümmerte. Alles vielmehr, was man um der Peregrinität willen that, bestand darinne, dass man, wo dieselbe bei prozessualischen Verhandlungen einen Stein des Anstosses bildete, auf allerstrengste Röm. Weise mit Fictionen nachhalf.

„Bei einer weiteren Ausbreitung der Röm. Herrschaft und gesteigerter Mannigfaltigkeit in dem Verkehr mit Fremden, musste sich“ nach v. S. „der Gesichtskreis erweitern und unvermerkt der abstracte Begriff eines den Römern mit allen fremden Völkern, also allen Menschen gemeinsamen Rechtes sich ausbilden.“

Verstände hier v. S. unter Recht die Rechtsinstitute, so müsste man ihm beistimmen; allein er versteht darunter offenbar die Rechtsregeln, indem er sogar zwei Rechtssysteme — m. s. S. 114. — das eine des juris civilis, das andre des juris gentium annimmt, während eine solche systematische Sonderung in keines Altrömischen Juristen Schrift oder in einem Fragmente einer solchen vorliegt. Hält es v. S. für glaublich, dass das emtor fert periculum, die Modificationen, welche wechselseitig in dem Rechte und der Verbindlichkeit des Käufers und Verkäufers eintreten, je nachdem die Sache ganz oder nur zum Theil untergegangen ist, bei allen den Römern bekannten

Völkern gleichmässig gegolten haben, während wir für die hierauf sich beziehenden, nirgends von den Römern als jus civile angesehenen Regeln, keinen rationellen sondern nur einen historischen, in dem jure civili vorliegenden Grund entdecken können? Die Worte des Gajus *) beweisen nur, dass die Römer ebensowenig als v. S. zwischen Rechtsinstitute und Rechtsregeln genau unterschieden haben. Dass aber erstere von der naturalis ratio sind erzeugt worden, das ist sehr wahr, denn es ist eine durch das aller menschlichen Willkühr entzogene unabänderliche Verhältniss der Dinge, (d. i. naturalis ratio) bedingte Erscheinung, dass in jedem bürgerlichen socialen Zustande sich die Rechtsinstitute vorfinden. So zählt der nämliche Gajus in der auch v. S. citirten Stelle Lb. 1. §. 189**) die Tutel zu dem Gebiete des jur. gentium. Welche andre allgemeine Rechtsregel lässt sich aber für dies Institut entdecken, als die schon in dem Worte Vormundschaft gegebene, dass durch einen andern die Rechte desjenigen müssen wahrgenommen werden, der seiner Persönlichkeit nach ausser Stande ist, sie selbst wahrzunehmen? Von keiner einzigen die Tutel beherrschenden weiteren Rechtsregel möchte ich behaupten, dass sie allüberall gleichmässige Geltung habe oder gehabt habe, und eine Menge derselben sind dem Röm. Recht so eigenthümlich als die stipulatio und acceptilatio.

Von Rechtssätzen, welche die Römer auf die naturalis ratio zurückgeführt hätten und also dem angehören könnten, was sich ein System des juris gentium nennen liesse, finden sich nur solche, denen ohne Weiteres auch

*) Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur.

**) Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatum jure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.

des gewöhnlichen Landmannes unentwickelter Verstand die Geltung vindicirt, sobald ihm das Institut genannt ist, in welches sie einschlagen, was unverkennbar von den Rechtssätzen gilt, welche die occupatio und ihre verschiedene Gattungen als einen modum adquirendi juris naturalis anerkennen. (M. s. in Lb. 41. den Tit. 1. de adq. R. d.) Hingegen von dem Momente an, wo von einem Falle der occupatio mehr zu sagen nöthig ist, als dass es eine occupatio giebt, hebt die Röm. disputatio fori an, die, obschon sie mit richtigem Tact findet, was das wissenschaftlich entwikkelte Rechtsbewusstsein für wahr und treffend anerkennen muss, dennoch nicht als den Entstehungsgrund des angenommenen Rechtssatzes die naturalis ratio in dem Sinne eines der menschlichen Natur eingepflanzten gemeinsamen Rechtsbewusstseins erkennt,*) wie denn auch v. S. erklärt, „man habe sich begnügt, diesen Entstehungsgrund im Allgemeinen anzuerkennen, ohne von dieser Seite die einzelnen Sätze des juris gentium einer Prüfung zu unterwerfen," was denn zuverlässig unvereinbar mit Rechtswissenschaft der alten Juristen ist.

§. 6.

Ueber den heutigen Werth des Röm. Rechtes und die Unersetzbarkeit seines Studiums.

Ich bin bemüht gewesen mir und andern Rechenschaft darüber zu geben, worein ich die Trefflichkeit des Röm. Rechts setze und wie meiner Ansicht nach die Praxis dieses Rechtes sich zu jener Trefflichkeit auf einem Wege ausbilden konnte und musste, den wir als einen

*) M. s. l. 5. §. 1. tit alleg. Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse, et eo usque nostram videri, donec eam persequamur; quodsi desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis. Itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret furtum videri nobis eum commisisse. Plerique non aliter putaverunt, eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus; quod verius est.

wissenschaftlichen zu prädiciren völlig unbefugt sind. Hierbei meine Ansichten vom jus civile und gentium auseinanderzusetzen war unerlässlich, sollte der Entwickelungsgang dieser Praxis anschaulich werden. Ich habe ferner gezeigt, wie die Literatur nicht verfährt, aber verfahren würde, wenn sie mit Einsicht und Erfolg uns des Genusses der Röm Jurisprudenz theilhaftig zu machen entschlossen wäre. Dies harte Urtheil über die Literatur vor dem Tadel der Anmaassung zu schützen, werde ich, da in dem Vorstehenden sich hierzu noch kein schicklicher Platz fand, einige, eine isolirte Betrachtung verstattende, Materien des neusten und umfassendsten Werkes v. S's. zu einem Gegenstande näherer Beurtheilung machen, die ich jedoch vor der Hand aussetze, um vorher unter der Rubrik Gerichtsbrauch die besondere Stellung und den eigenthümlichen Beruf einer Gerichtspflege zu erörtern, die in dem Corpus jur. ein Gesetzbuch besitzt, das, wie mich dünkt, hinlänglich dargethaner Maassen sich als Gesetzbuch nicht gebrauchen lässt; jedoch muss zu allernächst als praejudiciel die vielverbreitete Meinung zurechtgewiesen werden, welche glaubt

1. unpassend und also jedenfalls von abgestorbener Vortrefflichkeit sei für uns das Röm. Recht;

2. heutige Bildung könne sich des Studiums desselben überheben und gleich Vortreffliches ohne dieses Hülfsmittel leisten.

Ich gestehe, beide Behauptungen scheinen mir und besonders die erste von solcher Einsichtslosigkeit ausgegangen, dass ich in der That verlegen bin zu bestimmen, wie und von welchem Punkte aus der Anfang mit der Widerlegung zu machen sei.

So behauptet z. B. Gans im System des Röm. Civilrechtes im Grundrisse S. 146., nicht Mangel an Kenntnissen der Röm. Institutionen habe unser Recht zu einem andern gemacht, sondern die Differenz des Geistes; welcher Art diese Differenz des Geistes sei, wo sie zu suchen sei, das sagt er nicht. Ob er vermocht hatte darüber etwas Begründetes zu sagen, wird sehr zweifelhaft, wenn man erwägt, dass sich S. 148 von der con-

stituta pecunia behauptet findet, mit dem Röm. Staate, nicht aber mit unserer Zeit stehe sie in lebendiger Verbindung. Darum müsse sie, um bei dem Vortrage des heutigen Röm. Rechtssystems am wenigsten störend zu sein, durch die Aufstellung in einer Art rechtsgeschichtlicher Nische tolerirbar gemacht werden. Demnach hatte Gans keine Ahnung davon, dass das constitutum debiti alieni Resultat der des Formelwesens entkleideten, allüberall in Beziehung auf alles, was Beitritt zu einer fremden Verbindlichkeit heisst, Anwendung verstattenden Praxis war, das constiutum debiti proprii die von aller feststehenden Form freieste Modificirung einer eignen Schuldverbindlichkeit ist. Eine schlagende Wahrheit sei es, meinen Andre, dass die classische Jurisprudenz der Römer ihre ersten Elemente aus der vorchristlichen und ihre höchste Ausbildung aus der Zeit datire, wo das Christenthum noch nicht in dem Röm. Reiche verbreitet war. Daraus folgern sie, nicht auf unsere in allen Richtungen von dem Christianismus durchdrungenen Zustände könne die Röm. Jurisprudenz passen. Wirft man ihnen ein, dass, indem sie dem Christenthum die Befähigung zuerkennen, Weltreligion zu sein, sie auch die Möglichkeit eines Privatrechts zugestehen, dessen materieller Gehalt das Rechtsbedürfniss des Chinesen und Mahommedaners nicht minder als das des Deutschen befriedigen könnte, und dass, bei dem türkischen Kadi und dem deutschen Richter gleiche Einsicht vorausgesetzt, die Frage, worauf bei einer Eigenthumsstreitigkeit zwischen Lucius und Sempronius das Augenmerk des entscheidenden Richters der Natur der Sache nach müsse gewendet sein, von der Praxis nicht anders in Constantinopel als in Wien wird beantwortet werden, dringt man endlich darauf zu erfahren, was im Röm. Rechte sich nicht mit dem Christenthume vertrage, so ist das einzige Moment, worauf sie den Widerspruch stützen, die Sclaverei, was aber nur so viel beweist, dass wir keine Besitz- und Eigenthumsstreitigkeiten haben können, deren Object ein Mensch ist*).

*) Von Juristen, die so etwas sagen, möchte man glauben, entweder, sie hätten ihre Ansichten von Röm. Sclaverei nur

Demnach könnte ich die mit keinem einzigen auch nur scheinbar widerhaltigen Grunde unterstützte Behauptung von des Röm. Rechtes unpassender Anwendung in heutigen Zuständen für abgethan ansehen. Dennoch muss ich dabei noch länger verweilen, denn anempfohlen von der unbestreitbaren Wahrheit, ignoriren dürfe man was nicht für uns passt, droht diese Meinung immer weiter um sich zu greifen.

§. 7.

Die unzerstörbare und universelle Wichtigkeit des Röm. Rechtes.

Des Individuums gesammtes Dasein wird in dem socialen bürgerlichen Zustande beherrscht von Regeln, welche bestimmen, was es **darf**, was es **nicht darf**, was es **soll**. Unvereinbar mit dem Röm. Sprachgebrauche, allein nichts weniger als unlogisch wäre es, das Ergebniss dieser Regeln unter dem Collectivnamen **die Obligationen** zusammenzufassen. Denn mich nicht zu behindern, in dem, was ich darf, ist jeder verbunden,

aus Böttigers Sabina geschöpft, oder sie dächten, wo sie von Sclaven hören, allemal an den Zustand des westindischen Negersclaven, während aus den Pandecten sich nachweisen lässt, dass durch die, auch in dem Rechte ausgeprägte **Sitte**, der Zustand des Sclaven selbst in Hinsicht auf Eigenthum nichtsweniger als schutz- und schirmlos war. Man nehme z. B. l. 10. §. 7. de in rem verso. (15. 3.) Wenn der Sclave dem Herrn **schuldig**, der Herr dem Sclaven **verbunden** sein, und darum die actio de in rem verso wegfallen konnte, sobald der Herr dem Sclaven vergütet hatte, was dieser von einem Dritten geborgt und in des Herrn Vermögen verwendet hatte, so erkannte das Recht an, dass, wenn des Sclaven Eigenthümer durchaus und schlechterdings als **sein** ansehen wollte, was der Sclave besässe, so sei dies so gegen alle Sitte, als wenn der heutige Hausvater die Sparbüchsen der Kinder zu seinem Bedürfnisse ausleeren wollte. Auch bildet die Moralität der Röm. nichtchristlichen Praxis eine glänzende Differenz zu dem Geiste der heutigen christlichen, welche die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit nicht nur nicht weiter ausgebildet hat, sondern wohl gar ganz zur Seite liegen lässt.

und jedem, der bei dem Thun oder Unterlassen ein Interesse hat, bin ich verbunden zu thun was ich soll, und zu unterlassen was ich nicht darf. Wollen wir uns aber diese Obligationen übersichtlich machen, so sind höchste Categorien derjenigen Beziehungen nothwendig, denen zufolge in dem socialen bürgerlichen Zustande das Individuum eben dieses Zustandes willen Regeln seines *Dürfens, Nichtdürfens* und *Sollens* muss unterworfen sein. Fragen wir uns nun zuerst, in *welcher Beziehung* muss es in jedem Staate, auch in dessen mindest ideellem Zustande, *von keiner andern Voraussetzung als dem Leben in der bürgerlichen Gesellschaft bedingte*, des Individuums Verhältnisse zu dem Individuum ordnende Regeln geben, so bringt zunächst die Idee des Staates es mit sich,*) dass das Individuum vor allem zunächst seine Persönlichkeit, die individuelle Freiheit will sicher gestellt sehen, die wir im Gegensatze der, sobald wir von dem Dasein des Staates abstrahiren, gegebenen subjectiven Willkühr, *bürgerliche Freiheit* nennen. In diesem Sinne nenne ich bürgerliche Freiheit das erste aller Rechtsinstitute eines jeden Staates. Wir finden sie in Fetz und Marocco, wie in dem constitutionellen Staate. Wenn wir sie dem Maroccaner absprechen, so thun wir es nur, weil bei ihm die Regeln, welche das Individuum gegen das Individuum sicher stellen sollen, sich weniger ausgebildet finden, ihre gleichmässige und ausnahmlose Anwendung durch die öffentlichen Institutionen minder als in dem constitutionellen Staate garantirt ist.**)

*) Ich verweise auf Aristoteles, dem im Eingange der Ethik aller Wissenschaften höchste und umfassendste (κυριωτατη και μαλιστα ἀρχιτεκτονικη) die Politik um deswillen ist, weil sie in dem Staate und durch dessen Institutionen den Menschen eines jeden Gutes theilhaft zu machen strebe, das demselben die übrigen Wissenschaften und Bestrebungen, jede einzelne aber vereinzelt, zu verschaffen suche.

**) M. vergl. hiermit von S's. (Bd. 1. §. 58. S. 389.) Uebersicht der Rechtsinstitute, wo, wie weit er auch sonst in den Grundvorstellungen von mir abweicht, dennoch keines derjenigen Rechtsinstitute fehlt, das ich für ein solches anerkenne.

Nun aber habe ich gezeigt, wie alle Bildung des Röm. Rechtes in ihren ersten Anfängen von dem Anerkenntnisse der höchsten persönlichen Freiheit des Bürgers ausgeht, welche Ueberzeugung nicht nur Sicherstellung gegen Eingriffe von Seiten andrer Individuen erheischt, sondern auch die Enthaltung von allen des Bürgers eignen Willen bevormundenden, prophylaktisch, ich möchte sagen auf juristisch-polizeilichem Wege, dessen Interesse und Wohlfahrt sicher zu stellen bestimmten Regeln. Ein Recht, das dieser Maxime erst in späteren Zeiten und auch da noch, im Verhältniss zu dem, was heutigen Tages an den allermeisten Orten geschieht, in wenig umfassender Ausdehnung untreu wurde, ist schon um deswillen ein vortreffliches, und schon an jeder kaiserlichen Constitution, welche juristische Bevormundung und Polizei zu üben bestimmt ist, hängt weit mehr juristische Trübsal aller Art sich an, als an den rein von der Praxis geschaffenen Sätzen. Die Bürgschaft in ihrem Amalgam von fidejussio und constitutum debiti alieni einerseits und das ihr auf gesetzgebendem Wege angehängte sogenannte beneficium ordinis oder excussionis wird jeder einsichtsvolle Jurist sich von selbst zu einem erläuternden Beispiele verarbeiten können.

Beiläufig eine zwar nicht in das Privatrecht einschlagende, hier aber naheliegende Bemerkung. Eine Polizei, wie wir sie in den meisten Staaten des heutigen Europa's finden, und dieselbe besonders in den Haupt- und Residenzstädten uns ihr Dasein kund giebt, wäre in Rom, selbst noch in späterer Zeit eine Unmöglichkeit gewesen. Die Versuche, ein solches Institut einzuführen, würden an jener, in dem Volke lebendigen, den gesammten Rechtszustand durchdringenden Maxime gescheitert sein; an der Enthaltung von Positiven, das, indem es den Einzelnen bevormunden soll, die Gesammtheit derselben Normen unterwirft, nach denen die Masse des Volkes nicht das mindeste Bedürfniss in sich verspürt. Entbehrten aber darum die Römer so durchaus jenes heilsamen und in vieler Hinsicht unentbehrlichen Schutzes, den wir in heutigen Staaten der Polizei verdanken? Hatten sie nicht in Gestalt der ac-

tionum popularium das Geheimniss entdeckt ohne Polizeibeamte eine in dem Volke selbst allüberall aufsehende Polizeimacht zu haben, die, da nichts populärer sein kann als das Volk, zugleich die allerpopulärste war, während die theuer bezahlten Polizeien unsrer Städte doch nicht allgegenwärtig sind und in Ausübung ihres schweren Berufes meistens höchst unpopulär sind. So erfand in Rom die Nichtbevormundung des Einzelnen das wirksamste und trefflichste Mittel zur Sicherstellung der Interessen aller. Mit bedächtig langsamer, aber auch steter und fester Hand zu veranstalten, was solchen eben so einfachen als erhabenen Hauptmaximen des Röm. Zustandes wiederauflebende Geltung zu verschaffen im Stande wäre, mit Bewusstsein vorzubereiten und zu bilden, was bei den Elementen des antiken Lebens ungesuchtes Geschenk seiner Selbstentwickelung war, wäre die würdigste Aufgabe des practischen Staatsmannes.

Eine andere, in engerem Zusammenhange mit dem Privatrecht stehende, jedoch nicht für dessen materiellen Gehalt, sondern vielmehr nur für die Art und Weise dasselbe in Gemäsheit der Gerichtsverfassung zu handhaben wichtige Bemerkung ist folgende: nachgewiesen ist worden, wie die Ausbildung des Röm. Rechtes auf dem Formelwesen beruhte, und dieses das Erzeugniss der ebengedachten, in den gesammten Römischen Rechtszustand lebendigen Maxime war. Anstatt nun, dass wir mit dem gerichtlichen Formelwesen der Römer, insoweit überhaupt der heutige Jurist davon Notiz nimmt, uns nur in der Absicht beschäftigen, dadurch zu einer Einsicht in die Ausbildung dieses oder jenes einzelnen Rechtssatzes zu gelangen, dürfte es wohl der Mühe werth sein, sich darüber aufzuklären, ob nicht die prätorische nur durch das gerichtliche Formelwesen mögliche Instruction des Prozesses, ein Institut war, dessen eigenthümliche Vorzüge nirgends diejenige Einsicht aus den Augen verlieren sollte, welche unvorbereiteten Neuerungen entschieden abgeneigt, um so mehr einen Zustand der Dinge vorzubereiten sucht, welcher das Wesentliche alter vortrefflicher Einrichtungen wieder einzuführen ver-

stattet. Unser Prozessgang macht mit einem zweiten, dritten, oder auch vierten Urthel den Definitivbeschluss des Prozesses, dies blos nach äusseren Gründen, entweder nach der quantitativen Wichtigkeit des Objektes, oder nach Maassgabe des Wechsels, der in den Entscheidungen statt gefunden. Somit hängt die Frage, wie oft ein Prozess Gegenstand rechtlicher Beurtheilung sein könne, von Relativitäten ab. Dass man mit einem zweiten, dritten oder vierten Urthel schliesst, das ist am Ende nur das Ergebniss einer äussern Nothwendigkeit, die doch endlich einmal ein Ende machen muss; denn nicht zu leugnen ist es, dass ein fünftes und sechstes Urthel noch erhöhtere Garantie derjenigen Richtigkeit in sich trüge, welche durch die wiederholten Cognitionen soll verbürgt werden. Kürzer kam man auf Römischem Wege zum Ziele und zugleich auf vollkommen befriedigende Weise. Wovon die Entscheidung abhängen solle, zum grossen Theile auch wie sie, von dem si paret bedingter Weise abhängend, ausfallen solle, bestimmte durch die ausgebrachte Klagformel der Kläger selbst und eine wiederholte Prüfung des von ihm selbst bedingt sich geschriebenen Urtheiles ward somit eben so entbehrlich als unausführbar.

Ferner: durch alle Instanzen hindurch ist der heutige Richter mit zweierlei beschäftigt, einmal mit Auffassung des Factischen und sodann mit Findung der Rechtsregel, welcher das Factische unterzustellen sei; und wie verfährt er bei Ermittelung des Factischen, bei Beantwortung der Frage, was erwiesen und was nicht erwiesen sei? Nach Criterien der Wahrheit, die in hundert Fällen keine sind, indem wir bekanntlich eine den Werth der Beweismittel nach allgemeinen Regeln bestimmende juristische Gewissheit in das Auge fassen, die unzählige Male himmelweit von der historischen abliegt, für entschieden wahr oder nicht wahr annimmt, was die historische, nicht von vorgefassten, durch Praxis oder Gesetz gegebenen Ansichten, sondern sach- und naturgemäss von den concreten Vorlagen ausgehende Erforschung der Thatsachen für entschieden unwahr oder wahr annähme.

Das Bedenkliche, um mich nicht stärker auszudrücken, eines solchen Verfahrens springt um so mehr in die Augen, als wir überall, wo nicht das Einzelinteresse einer Parthei, sondern die öffentliche Sicherheit in Gefahr kömmt, somit im Criminalprozesse, diesen Unterschied zwischen juristischer und historischer Gewissheit verwerfen. Dagegen war der Römer gesichert, dessen Prozess nicht nur die Ermittelung des Factischen frei und isolirt von dem bedingt anticipirten Urtheile, sondern auch die Verhandlung vor dem Judex und dessen Ausspruch paret oder non paret rein von dem abhängen liess, wovon dieser Ausspruch rationeller Weise abhängen konnte, von der historischen Gewissheit, wobei den Partheien eine Concurrenz eröffnet war, die ihnen die Ueberzeugung gewährte, was sie in ihrem Interesse vorzubringen für nöthig gefunden, müsse vernommen worden sein.

Nach alle dem sollte man weniger von einer abgestorbenen Vortrefflichkeit des Röm. Rechtes, als von dem für diese Vortrefflichkeit abgestorbenen Sinne sprechen.

Wichtiger aber für den Werth, den wir dem Detail der Röm. Rechtsregeln beizulegen haben, ist die Bemerkung, dass schon ausführlich besprochenermaassen wir nicht nur in allen Staaten die gleichnamigen, sondern auch in ihrem Wesen übereinstimmenden Rechtsinstitute finden. Wenn nun also da, wo die Praxis, auf ihrem selbstständigen Wege sich des Rechtsbedürfnisses bewusst werdend, im Stande war, den Ergebnissen dieses Bewusstseins die volle äussere Geltung zu verschaffen, nothwendig auch die den Rechtsinstituten entsprechenden Regeln müssen entdeckt worden sein, so können die Römischen nicht falsche und unrichtige sein, wenn es sich um deren heutige Anwendung handelt, sondern sie könnten nur ungenügend sein, weil die Rechtsinstitute weniger ausgebildet gewesen sein könnten als bei uns, der Verkehr und die Vermögensverhältnisse in ihrer Ausdehnung und Bedeutung vielleicht allzuweit hinter dem zurückgeblieben wären, was unsre Tage in dieser

Art aufzuzeigen haben. Allein erstlich erfordert es wohl kein eben weitschichtiges antiquarisches Wissen, um die Ansicht zu fassen, dass die quantitative Grösse Röm. Zustände nicht hinter deren qualitativer Grösse zurückgeblieben sei, und sodann kömmt es bei jeder Erkenntniss hauptsächlich doch nur darauf an, uns das Object derselben in seinen Grundzügen veranschaulicht zu haben; wo dies geschehen ist, da findet sich auch die Basis gegeben, von welcher ausgehend wir das Object in allen seinen nüancirten Gestaltungen mit sicherem Urtheil durchdringen können, was um so beachtenswerther ist, als von diesem Standpunkte aus angesehen, der Gegensatz, den man zwischen Germanischem und Röm. Rechte anzunehmen pflegt, mehr noch die Klage, dass jenes von diesem sei verdrängt worden und so das Röm. Recht der Entwickelung unserer Nationalität geschadet habe, als grösstentheils sehr irrthümlicher Art erscheint. Denn angenommen, Corp. jur. und alle Schriften der alten Juristen wären für uns eben so spurlos verschwunden, als die Werke des Zeuxis und Polygnotus, und unsern Rechtszustand hätten wir eben so uns selbst überlassen ausgebildet, als dies bei einer und der andern Kunst geschehen, so drängt doch vor allem und zuerst die Frage sich auf, ob er unter eben so günstigen, von eingreifendem Gesetzgeben frei gebliebenen Verhältnissen sich naturgemäss würde entwickelt haben? Wäre es ihm aber so wohl geworden, so würde er zwar nicht gleiche Formen, wohl aber im Materiellen gleiche Ansichten aus sich herausgebildet haben; denn ein und dasselbe Rechtsinstitut verstattet nicht hier die Anwendung dieser, dort einer andern, vielleicht ganz entgegengesetzten und dennoch dort wie hier gleich empfehlungswerthen Regel. Gelegenheit hierüber deutlicher und zugleich über Manches damit in engem Zusammenhange stehende meine Ansichten darzulegen, geben mir die Worte v. S's, in denen die Vorrede sich über den Zweck und die Bedeutung der historischen Schule ausspricht.*)

*) S. XIV. und XV. „Es ist oft von Gegnern behauptet worden, die Mitglieder der historischen Schule wollten die Gegenwart,

Es soll (man vergl. die unten abgedruckten Worte) der lebendige Zusammenhang erkannt werden, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpfe, ohne welchen Zusammenhanges Kenntniss wir von dem Rechtszustande der Gegenwart nur die äussere Erscheinung wahrnähmen, nicht das innere Wesen begriffen.

Niemandem braucht gesagt zu werden, dass alles Gegenwärtige in Zusammenhange mit Vergangenem steht, auch begreift man, dass dieser Zusammenhang früherer und gegenwärtiger menschlicher Zustände sich in Erscheinungen des Lebens ausspricht, jedoch nicht sieht man um deswillen ein, was uns berechtige, diesen Zusammen-

ihre Selbstständigkeit verkennend, unter die Herrschaft der Vergangenheit beugen; insbesondere wollten sie die Herrschaft des Röm. Rechts ungebührlich ausdehnen: im Gegensatz theils des deutschen Rechts, theils der neuen Rechtsbildung, die durch Wissenschaft und Praxis an die Stelle des reinen Röm. Rechtes getreten sei. Dieser Vorwurf hat einen allgemeinen, wissenschaftlichen Character, und er darf nicht mit Stillschweigen übergangen werden."

„Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft wird völlig verkannt und entstellt, wenn sie häufig so aufgefasst wird, als werde in ihr die aus der Vergangenheit hervorgegangene Rechtsbildung als ein Höchstes aufgestellt, welchem die unveränderte Herrschaft über Gegenwart und Zukunft erhalten werden müsse. Vielmehr besteht das Wesen derselben in der gleichmässigen Anerkennung des Werthes und der Selbstständigkeit jedes Zeitalters, und sie legt nur darauf das höchste Gewicht, dass der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft, und ohne dessen Kenntniss wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äussere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen. In besonderer Anwendung auf das Römische Recht geht die geschichtliche Ansicht nicht, wie von Vielen behauptet wird, darauf aus, demselben eine ungebührliche Herrschaft über uns zuzuwenden; vielmehr will sie zunächst in der ganzen Masse unsers Rechtszustandes dasjenige auffinden und feststellen, was in der That Römischen Ursprunges ist, damit wir nicht bewusstlos davon beherrscht werden; dann aber strebt sie, in dem Umkreis dieser Römischen Elemente unseres Rechtsbewusstseins dasjenige auszuscheiden, was davon in der That abgestorben ist, und nur durch unser Missverständniss ein störendes Scheinleben fortführt, damit für die Entwickelung und heilsame Einwirkung der noch lebendigen Theile jener Römischen Elemente um so freierer Raum gewonnen werde."

hang einen lebendigen und also nach Befinden der Umstände, auch einen todten zu nennen. Denn lebte er nicht, d. h. wären nicht Erscheinungen des Lebens dessen Träger, so existirte er überhaupt nicht. Wohl aber ist eine lebendige Auffassung, d. h. eine solche Auffassung dieses Zusammenhanges möglich, welche erkennt, wie und warum das Gegenwärtige gerade so und nicht anders von der Vergangenheit ist ausgebildet worden. Jedoch in unzähligen Fällen führt eben diese lebendige Auffassung des heutigen Rechts zu der Erkenntniss, dass die Thätigkeit derjenigen, welche diesen Zusammenhang vermittelt haben, eine nichts weniger als lebendige, dass sie eine geistertödtete gewesen ist und also auch der Zusammenhang kein lobendes Epitheton verdient, indem, hängend an dem grammatisch misverstandenen Buchstaben gewisser Pandectenstellen oder durch mangelhafte historische Einsicht in die Tendenz und die Motiven solcher Stellen irre geleitet, der reine Unverstand dieselben häufig in eine herkömmliche Anwendung gesetzt hat, die ein Pasquill auf die um nichts weniger und seltsam genug bewunderte Capacität der Römer geworden ist. Ueberhaupt habe ich keine Vorstellung von einer Kenntniss der Vergangenheit, ohne welche wir von dem Rechtszustande der Gegenwart nur die äussere Erscheinung wahrnähmen, nicht dessen Wesen begriffen. Der Rechtszustand existirt ja überall nur durch die Wahrnehmbarkeit in äusseren Erscheinungen, die sich nach Regeln gestalten, welche eben um deswillen dessen Wesen ausmachen, indem ihre Beobachtung die Nothwendigkeit mit sich bringt, dass der Rechtszustand gerade diese und keine anderen Erscheinungen hervorruft. Das Verständniss dieser Regeln kann von historischem Wissen bedingt sein, braucht aber keinesweges davon bedingt zu sein, ja es ist ein Gebrechen des Rechtszustandes, wenn das Verständniss der Regeln von einem solchen Wissen abhängt; denn alsdann vertritt die historische Capacität dieses oder jenes in den Rechtszustand einzugreifen berufenen Individuums die Stelle der Regel. Wohl aber kann die an sich unschwer

verständliche oder nur auf historischem Wege verständlich gewordene Regel, sobald es auf Critik derselben ankommt, historische Untersuchungen hervorrufen. Wir finden z. B. Stellen des Röm. Rechts, die isolirt und ausser dem Zusammenhange betrachtet, in dem unter sich die sämmtlichen den Erwerb von Prädialservituten stehenden Aussprüche der Pandecten stehen, vorschreiben, dass ein blosser Vertrag keine z. B. servitutem viae begründen könne, dass dazu eine Besitzergreifung, ein einmaliges Fahren des Neuberechtigten über das dienstbare Grundstück erfordert werde. Hier bedarf es nun zwar keines historischen Wissens, um einzusehen, dass eine solche Regel von keinem Rechtsbedürfnisse empfohlen, dass sie, wie aller lästiger Ueberfluss, schlechthin verwerflich ist; allein die Critik des Röm. Rechts wird ungern bei dem blossen Verwerfen stehen bleiben, sondern zu erforschen suchen, wie und warum die verwerfliche Regel in das Röm. Recht mag gekommen und vorauszusetzender Weise unter gegebenen Umständen dasjenige kann rationell gewesen sein, was bei uns irrationell ist. Sind wir aber so bescheiden, blos bei der Frage stehen zu bleiben, ob eine Regel verwerflich sei oder nicht, so bedarf es keines historischen Wissens, sondern nur einer genauen Betrachtung der Gegenwart, des Sinnes, der sich mit dem gegebenen Rechtsgeschäfte verbindet, und haben wir diesen aufgefasst, so sind wir vollkommen in den Stand gesetzt, die zu diesem Sinne nicht stimmenden Regeln zu verwerfen. So z. B. hat ein Wechselrecht, welches dem heutigen Wechselgeschäft Bedürfniss ist, einen weit von demjenigen verschiedenen Gehalt, der das Wechselrecht früherer Zeiten erfüllt. Wird aber wohl der wahrhaft gebildete und zugleich geübte Kaufmann nur dann erst im Stande sein, ein heutigen Tages unzweckmässig gewordenes Wechselrecht verwerflich zu finden und zu beurtheilen, ob es abzuschaffen oder wie es zu modificiren sei, wenn er erforscht hat, welche Stadien das Wechselgeschäft bis zu seiner gegenwärtigen Ausbildung durchlaufen, und wie hier und da Gesetzgebungen sich daran thätig erwiesen haben?

So aber verhält es sich mit allem und jedem, was man Rechtsgeschäft nennt. Der gebildete und geübte Praktiker ist sich darüber klar, welchen Sinn er mit einem jeden derselben zu verbinden habe; denn er hat erfahren und erkannt, welchen damit die ihn umgebende Gegenwart verbindet. Um nichts weniger wird er, wo es zu Verständniss der Rechtsregeln nöthig ist, Sprachkenntniss und historisches Wissen zu Hülfe nehmen und ohne dieses auch nicht die ihn vollkommen befriedigende Critik der Regel möglich finden, denn hinsichtlich dessen, was er für gut oder für verwerflich erkennt, will er wissen, ob es einen absoluten Werth habe, ob es nicht einmal einen von besonderen Umständen motivirten Werth gehabt habe. Wer das Röm. Recht nicht auf solche historische Weise behandelt, der muss es mishandeln, und bei dieser Ansicht, in der nichts zu tadeln sein möchte, als ihre einfache Wahrheit und Verständlichkeit, begriffe man nicht, wie das Geschrei für und gegen eine historische Schule, aller Orten fort und fort bis zum höchsten Ueberdrusse hätte anhalten können, wenn jene Schule nicht selbst es sollte verschuldet haben, indem sie entweder sich voll anmaasslicher Vornehmheit mit Bestrebungen gebrüstet, die jeder irgend des Namens werthe, wissenschaftliche Jurist als seine Aufgabe betrachtet oder mit dem Röm. Rechte die unverständigste Abgötterei getrieben. Zwar weisen v. S's oben angeführten Worte den einen und den andern Vorwurf zurück; allein ist man wohl im Stande, sich anschaulich zu machen, welcher Art denn nun die der sogenannten historischen Schule characteristisch eigenthümlichen Bestrebungen sein und in v. S's heutigem Röm. Rechte zu allseitigen Resultaten sollen verbunden werden? Die geschichtliche Ansicht, sagt v. S., solle in der ganzen Masse unseres Rechtszustandes dasjenige auffinden und feststellen, was in der That Römischen Ursprunges sei, und solle es zu dem Ende auffinden, damit wir davon nicht bewusstlos beherrscht würden, und sei es aufgefunden, dann solle in dem Umkreise dieser Römischen Elemente unseres

Rechtsbewusstseins dasjenige ausgeschieden werden, was daran in der That abgestorben sei, nur durch unser Misverständniss ein störendes Scheinleben fortführe, und diese Ausscheidung solle bewirken, dass um so freierer Raum für die Entwickelung und heilsame Einwirkung der noch lebendigen Theile jener Römischen Elemente Raum gewonnen werde. Wo soll ich anfangen, um meine Unfähigkeit, mit diesen Aussprüchen Vorstellungen zu verbinden, nicht zu entschuldigen, sondern zu rechtfertigen?

Als Römischen Ursprunges können wir in unserem Rechtszustande doch offenbar nur dasjenige ansehen, was, obschon wir es in demselben vorfinden, dennoch nicht in ihm vorzufinden wäre, hätte es nicht schon in Rom existirt. Dahin lassen sich nicht die Rechtsinstitute im Allgemeinen zählen, denn obschon ehedem in Rom vorhanden, sind sie doch keine Römische Eigenthümlichkeit, sondern sie würden, hätte es auch nie ein Röm. Recht gegeben, jederzeit ebensowohl in Deutschland zu Hause gewesen sein, als sie es in China sind. Allerdings fanden sich gewisse Formen, unter denen die Rechtsinstitute zur Erscheinung kommen können, bei den Römern, ohne sich bei uns zu finden, während andere sich bei uns finden, ohne dass davon eine Spur in den Römischen Zuständen zu entdecken ist. Man nehme z. B. die verschiedenen Formen, in denen zweier Individuen Eigenthum in einem und demselben Objecte zusammentrifft, jedoch kein condominium, sondern ein zweifaches von verschiedenen Gränzen umschlossenes Eigenthumsrecht ist, unter andern den Colonat, die Römische Emphyteusis einerseits, andererseits die deutschen Bauergüter, da, wo sie noch nicht von grundherrlichen Gerechtsamen emancipirt sind. Undenkbar aber ist es, dass irgend eine Form, unter welcher das Eigenthum bei den Römern in Erscheinung trat, um deswillen, weil sie bei den Römern vorkam, auch bei uns vorkomme. Denn wo läge in jenen Vorgängen etwas, das zwingend auf heutige Verhältnisse einwirkend, Individuen bestimmen könnte, in gleichartige gegenseitige Beziehungen blos zu Ehren

des Alterthums zu treten? Insoweit lässt sich also gar nicht davon sprechen, dass in unserm Rechtszustande etwas Römischen Ursprunges sei; und indem es jederzeit sich ganz von selbst gemacht hat, dass die Rechtsinstitute ihre concrete Gestaltung in denjenigen Formen annahmen, die den Zuständen der Gegenwart zusagten, so hat es sich ebenfalls ganz von selbst gemacht, dass wenn ausser dem Röm. Rechte nichts sonst die deutsche Volksthümlichkeit beeinträchtiget hätte, der Schaden recht wohl zu übersehen sein würde. Jedoch ist es allerdings nicht nur möglich, sondern auch häufig genug vorgekommen, dass man den Römern eigenthümliche Formen eines Rechtsinstitutes für identisch mit andern uns eigenthümlichen angesehen und z. B. deutsche Bauergüter und Röm. praedia emphyteuticaria für gleichartige haltend, Rechtsregeln, die für diese galten, auf jene angewendet hat. Allein diese Verkehrtheit ist nicht Römischen, sondern Deutschen Ursprunges. Decken wir, durch historische Forschungen den Gegensatz feststellend, der zwischen Bauergütern und praediis emphyteuticariis obwaltet, jenen Irrthum auf, so haben wir nichts ursprünglich Römisches festgestellt, von dem wir bewusstloser Weise beherrscht würden, haben allerdings erkannt, wie etwas nur durch unser Misverständniss „ein störendes Scheinleben" fortführt, keinesweges aber etwas erkannt, das „in dem Umkreise Römischer Elemente unsers Rechtsbewusstseins abgestorben wäre." *) Demnach können in unserm Rechtszustande nur von demselben beobachtete Regeln aufgefunden werden, die er nicht beobachten würde, wären sie nicht in den Augen der Röm. Juristen sanctionirt gewesen. Hier nun müssen wir wieder unterscheiden, ob es sich um Regeln handelt, welche uns und den Römern gemeinschaftliche Formen der Rechtsinstitute betreffen, oder um solche, welche uns eigen-

*) Wie kann es in dem Rechtsbewusstsein (das heisst doch wohl in der Ueberzeugung von dem, was an Rechten und Verbindlichkeiten ein in der Gegenwart gegebenes Verhältniss mit sich bringt) römische Elemente geben? Wie kann in einem Bewusstsein etwas abgestorben sein, ohne dass es das Bewusstsein insoweit selbst ist?

thümliche Formen der Rechtsinstitute betreffen. Erstenfalls folgt aus dem, was über den Werth der Röm. Jurisprudenz ist gesagt worden, dass wir vorauszusetzender Weise uns nicht besser betten können, als indem wir dem Röm. Rechte treu bleiben. Jedoch auch dann befolgen wir weniger Röm. Recht, als die in demselben niedergeschriebene ratio scripta. Von einem Auffinden aber und Feststellen dessen, was von herrschenden Regeln thatsächlich Römischen Ursprunges sei, habe ich keinen Begriff. Denn keiner besonderen Operation bedarf es, um sich zu unterrichten, ob eine Rechtsregel für eine Römische oder nicht Römische gelte. Wohl aber bedarf es gar dringend eines Auffindens und Feststellens desjenigen, was mangelhafte Sprachkenntniss, unpractischer Sinn und inveterata consuetudo den Römern zu Schimpf und Schmach auf dem Buchhändlermarkte und in den Hörsälen gegen Honorar als Röm. Rechtsregeln verkauft hat; besonders wird jenes Auffinden und Feststellen nöthig, wenn, wie in unsern Tagen, die Irrthümer der eigentlichen Gelehrten noch dasjenige zu überbieten drohen, was man bisher vorzüglich den erroribus pragmaticorum hat zur Last legen wollen. Handelt es sich endlich, um auf den zweiten Fall zu kommen, davon, dass bei uns ein Rechtsinstitut unter gewissen bei den Römern nicht üblichen Formen zur Erscheinung kam, und Regeln ein Bedürfniss sind, welche angemessener Weise diejenigen Verhältnisse normiren, in denen das Rechtsinstitut uns in nichtrömischer Form vor das Auge tritt, so liegt es in der Natur der Sache, dass für diese specielle Form speciell gegebene Rechtsregeln überhaupt nicht, weder abgestorbene noch fortlebende, sich in dem Röm. Rechte finden werden. Keineswegs aber wird um deswillen der des Röm. Rechtes kundige Richter zweifeln, durch das Röm. Recht auf die richtige Ansicht geleitet zu werden. Denn die Röm. Praxis, welche jedes Rechtsinstitut in den verschiedenartigsten Formen ausgebildet und sein Wesen in allen diesen Formen mit sicherstem Tacte, mit wahrhaft künstlerischer Virtuosität festgehalten hat, macht es ihm möglich, aus ihr sich allge-

meinste, nach ihrer Wahrheit und Nothwendigkeit begreifliche Regeln zu abstrahiren. Hat er sich aber die Regel und also auch die Nothwendigkeit veranschaulicht, die sie zur Regel macht, so wird er ohnfehlbar, unter welcher modificirten Gestaltung nur immer das Rechtsinstitut ihm vor das Auge trete, auch mit Sicherheit bestimmen können, ob eben so nothwendiger Weise als die Regel selbst eine Modification derselben und welche Modification in dem concreten Falle eintreten müsse. Er befindet sich völlig in der Lage eines Richters, dem ein untadelhaftes Gesetz und ein nach diesem Gesetze zu beurtheilender Fall vorliegt, und der nun erwägt, ob das Gesetz grade nur das sagt, was die natur- und sachgemässe Entscheidung des Falles erheischt, oder ob dasselbe in seiner Allgemeinheit mehr oder weniger besage als eine solche Entscheidung verlangt, und also von dem richterlichen Amte gestrichen oder ergänzt werden muss, soll nicht das Gesetz in das Unrecht umgewandelt und gegen die aristotelische ἐπιείκεια gesündigt werden. Als auf Beispiele, durch welche diese Bemerkungen evidentest gerechtfertiget werden, komme ich nochmals auf die Actiengesellschaft und die *société en commandite* zurück. Unbekannt waren den Römern Formen, in denen das Rechtsinstitut des Vertrages sich so ausgebildet hätte, wie in jenen sogenannten Gesellschaften. Um nichts weniger setzt uns das Röm. Recht vollkommen in den Stand, dahin einschlagende Streitigkeiten befriedigend zu entscheiden, ohne dass wir deshalb erst nach einem älteren oder in dessen Ermangelung neu zu erfindenden Deutschen Rechte auszusehen haben, ohne dass wir um deswillen ein Rechtsverhältniss romanisiren; denn die von dem Römer niedergeschriebene ratio scripta ist nicht darum auch blos Römische ratio scripta.

Soviel, unter steter Berücksichtigung dessen, was darüber v. S. sagt, über den practischen Werth, den ich den Röm. Rechtsansichten, als fortbestehenden zuerkenne. Die oben erwähnte Frage, ob wir es um nichts weniger ohne Verlust bei Seite schieben könnten, seines in der Gestalt, in welcher dasselbe uns über-

liefert ist, allerdings sehr peinlichen Studiums uns möchten überhoben glauben, weil heutige Bildung in den Stand setze, seiner Hülfe zu entbehren, diese Frage wird, ohne dass ich ihre Beantwortung in einem besonderen Abschnitte unternehme, die ausreichende Würdigung in der Betrachtung des Gerichtsbrauches finden.

III.

Der Gerichtsbrauch.

Angenommen die vorstehend entwickelten Ansichten sind richtig und überzeugend die Deductionen, womit ich gesucht habe sie zu begründen, so fragt es sich nunmehr, welcher Art sind die Anwendungen, welche davon die Rechtspflege zu machen hat? Zunächst ist die Beantwortung dieser Frage bedingt von Feststellung dessen, was in einer Rechtspflege lobenswerth oder verwerflich sein müsse, die auf das Corpus juris als ein Gesetzbuch angewiesen ist und an diese Qualität des Corp. jur. glaubt, obschon sie eben diesen Glauben tagtäglich verleugnet und nothgedrungen verleugnen muss, in einer Rechtspflege, die Abhülfe der steten aus jenem Glauben entspringenden Inconvenienzen bei einer Literatur sucht, die, indem sie von keiner klaren Ansicht desjenigen ausgeht, was sie erforschen will, natürlich auch nicht einmal über die präjudicielle Aufgabe, welche in Feststellung der Methode des Forschens bestehen müsste, mit sich im Reinen ist, in einer Rechtspflege endlich, der auch particuläre Local- oder Territorialgesetzgebung nicht ausreichend garantirte Anhaltungspunkte geben können, da jener Tendenz das Röm. Recht zu modificiren überall selbst muss modificirt worden sein, von den herrschenden gleichzeitigen Ansichten, welche die Particulargesetzgebung mit dem Corpus juris und dem Röm. Rechte verband und von den Criterien, nach denen sie dieses oder jenes Rechts-

lehrers Autorität als eine entscheidende anerkannte. Ich behaupte, dass, sind wir wahr gegen uns selbst, wir nicht ableugnen werden und können, jene Routine, die wir Gerichtsbrauch nennen, sei die höchste und einzige Quelle unserer Rechtserkenntniss. Vorläufig bemerkend, dass hiermit an sich nichts weniger als ein Tadel ausgesprochen ist, da in zahlreichen Beziehungen des practischen Lebens die Routine vollkommen leistet, was das laufende Bedürfniss des Tages erheischt, und ein Gerichtsbrauch, als solcher, ebensowohl gut als schlecht sein kann, wende ich mich zu Darstellung der Momente, welche es nothwendig machen, dass die Routine als höchste und alleinige Quelle unserer Rechtserkenntniss erscheint.

Das erste und hauptsächlichste dieser Momente, darf ich nach den Erfahrungen sprechen, die ich selbst gemacht habe und die meine Altersgenossen ohne Ausnahme theilen werden, liegt in dem Gange, den wenigstens bisher die erste sogenannte Ausbildung unsrer Juristen nahm. Sie soll eine wissenschaftliche sein, darüber ist man einverstanden. In welchen Gränzen eingeschlossen liegt aber das wissenschaftliche Element der Jurisprudenz? In sehr engen. Unabänderlich, der Willkühr und dem Zufall, dem beherrschenden Einflusse localer und temporärer Einflüsse entzogen ist in der Jurisprudenz nur das Wesen der Rechtsinstitute, sind somit die Begriffe Besitz, Eigenthum, Vertrag u. s. w., die aus ihren Begriffen sich ergebenden Bedingungen, unter welchen sie im Concreten existent oder aufgehoben werden, die Verzweigungen, in welche die Rechtsinstitute, ein jedes mit unabänderlicher Beibehaltung seines Grundcharacters auslaufen. Diese Begriffe und alles was rein auf sie sich zurückführen lässt, sind das einzige wirklich wissenschaftliche Object der Jurisprudenz. Wurzelnd in dem Wesen jedes bürgerlich socialen Verbandes, lassen sie sich eben so wenig als ein mathematischer Begriff auf historischem Wege ermitteln und feststellen, vielmehr beschränkt sich alles, was darüber historisch kann gesagt werden, auf Erforschung des Einflusses, den besondere Umstände bei Erzeugung und fortschreitender Ent-

wickelung der Rechtsregeln ausgeübt haben, durch welche die überall unabweisliche Geltung der Rechtsinstitute zu einer gegebenen Zeit, bei einem gegebenen Volke sollte sicher gestellt werden. Ist das Wesen der Rechtsinstitute erkannt, so werden auch die Gestaltungen, unter denen sie irgendwo zur Erscheinung gekommen sind, auf historischem Wege entweder begreiflich werden, oder man wird bestimmen können, was in Folge unvollständiger historischer Kenntniss noch zur Zeit unbegreiflich bleibe. Nimmermehr kann aber die Kunde von Rechtsregeln, welche dem Wesen des Rechtsinstitutes ebensowohl entsprechen als demselben unentsprechend sein können, zu Erkenntniss der letzten leiten, man müsste denn glauben, die Kunde von den Operationen, nach denen Titius oder Lucius einen Raum ausgemessen haben, der kein Maas unmittelbar anzulegen verstattete, vermöge trigonometrischer Wahrheiten anschaulich zu machen. Anstatt aber, indem man Rechtswissenschaft lehren will, den Anfang des Lehrens mit dem zu machen, was den wirklich wissenschaftlichen Stoff der Jurisprudenz bildet, zählt man den Schülern — wenigstens wurde es so zu meiner Zeit gehalten — die Röm. Rechtsregeln zu, welches um so sinnverwirrender auf den Schüler einwirken muss, als abgesehn von falschen nur in des Lehrers vorgefassten Meinungen existirenden Rechtsregeln, selbst die richtigen gar häufig von der Art sind, dass der Schüler, ist er nur einigermaassen lebhaften Geistes, seinen Ohren nicht traut, wenn er vernimmt, wie bei einem Volke, für dessen Geschichte und Literatur er die grösste Verehrung von der Schule mitbringt, Regel gewesen sein könne, was ihm als baarer Aberwitz erscheint. So wurde z. B. mir g e l e h r t, was eine conventio sei. Ich nahm den entbehrlichen Unterricht dankbar hin; wie aber wurde mir zu Muthe, als ich hörte, dass die conventiones entweder contractus oder pacta wären, jedoch nur die contractus gegolten hätten, bis des Prätors dolus bonus, der überhaupt, besonders aber bei der hereditas und bonorum possessio, voll allumfassenden Einflusses gewesen sein sollte, durch eine Art

Hinterthüre auch den pactis Eingang verschafft habe, diese aber auch dann noch eine sehr untergeordnete Rolle gespielt hätten. So etwas hätte sich, da es nicht begreiflich gemacht wurde, allenfalls glauben lassen, hätte man nur nicht zugleich auch an die wiederholten Versicherungen von der Trefflichkeit des Röm. Rechts glauben sollen. Als der Lehrer auf den Besitz kam, wurde aus Stellen des Röm. Rechts eine allgemeinste Definition des Besitzes gegeben, und daran die Bemerkung geknüpft, die possessio sei entweder eine possessio ad interdicta oder usucapionem, dies ebenfalls wieder nach Stellen des Röm. Rechtes. Was war natürlicher, als der Glaube, dass die Römer denkbarer Weise auch etwas anderes zum Besitze hätte stempeln und so gut wie Interdicte und Usucapion auch andre oder gar keine Wirkungen damit hätten verbinden können. Diese Art das Röm. Recht zu lehren, die, anstatt vor allen Dingen die Anschauung des Wesens der Rechtsinstitute zu eröffnen, mit den besonderen Gestaltungen anhebt, unter denen dieselben bei den Römern zur Erscheinung kamen, ertödtet alle wissenschaftliche Einsicht, verkauft die Formen für das Wesen und ruft die geistertödtende Ueberzeugung hervor, die Rechtsinstitute seien bedingt von den Rechtsregeln, ohne vindicatio und publiciana in rem actio würden die Römer kein Eigenthum gehabt haben und dieser beiden für wesentlich verschiedene angesehener Klagen Uebergänge in das heutige Recht verdankten wir das Eigenthum als Röm. Erfindung. Allerdings fallen Jahre des Lehrens und des Lernens, wo solche Erfahrungen konnten gemacht werden, schon ziemlich weit in die Periode hinein, die sich rühmte Vorträge über Geschichte des Röm. Rechtes eingeführt und die besondere Wichtigkeit der innern Rechtsgeschichte erkannt zu haben. Nicht nur sind damals geschriebene Werke über äussere und innere Geschichte des Röm. Rechtes noch jetzt in den Händen der meisten Juristen, sondern es können auch noch viele dieses Standes und Berufes sich den Eindruck vergegenwärtigen, den jene rechtsgeschichtlichen Vorträge auf den Hörer machten. Jeder aber, der einen Be-

griff von historischer Auffassung und Darstellung hat, wird zugeben müssen, dass von so etwas keine Spur vorhanden war, die Erkenntniss und Anschauung desjenigen, was die Basis jedes Rechtszustandes ausmacht, vorausgesetzt und unverdrossen hergezählt wurde, wie zuerst diese, dann eine andere und später noch eine andere Regel für dieses oder jenes Rechtsinstitut geltend geworden sei. Von einem Pragmatismus, Darstellung einer Nothwendigkeit, welche bedingt von dem Wesen des Rechtsinstitutes einerseits und dem actuellen Standpunkte des Röm. Volkes andrerseits die Aufeinanderfolge wechselnder Regeln herbeigeführt habe, konnte natürlich bei einer Geschichte, die keinen höheren und allgemeineren Ausgangspunkt nahm, als das Jahr der Erbauung der Stadt, nicht die Rede sein. Dass das Aggregat theils wirklicher, zum grossen Theile aber nur vermeintlicher dem Gedächtnisse eingeprägter Rechtsregeln im Laufe des Trienniums noch mit Regeln des kanonischen, deutschen und Particularrechtes vermehrt wurde, konnte nicht zu besserer Verarbeitung jener führen. Erschien gleich in dieser Ueberschüttung mit trockenem, klapperdürrem Regelwerke das Lehnrecht wie eine glückseelige Oase, weil hier uns die Rechtsinstitute in fasslicher Gestalt entgegen traten und begreiflich wurde*), wie sie in dem Feudalzustande grade diese und keine andern Regeln hervorgerufen hatten, so blieb doch im Allgemeinen das Ergebniss des juristischen Fleisses auf der Academie ein reinmemorielles Innebehalten einer grösseren oder kleineren Quantität von Rechtsregeln, die man nicht anders als etwas durch Zufall oder Willkühr entstandenes aufzufassen vermochte, während ihre Gesammtheit eine Rechtswissenschaft sein sollte. Jene Art des Lehrens und Lernens ist nicht so jung, dass sie nicht gegenwärtig von Einfluss auf die Ausübung dieser Wissenschaft sein sollte, wohl aber reicht sie in Folge des

*) Eine wahre mit steter Dankbarkeit anzuerkennende Erquickung waren während jenes in wissenschaftlicher Hinsicht höchst trübseligen Lebensabschnittes des verewigten Domherrn Dr. Weiss Vorträge über das Lehnrecht.

Glaubens an das Corp. jur. als an ein Gesetzbuch und der aus diesem Glauben entsprossenen Meinung, so Wesen als Form der Rechtsinstitute sei von Rechtsregeln bedingt, zurück bis in die allerälteste, d. h. bis in die Zeit der Glossatoren*) und bei dem eben geschilderten Maasse der Verbesserung durch rechtsgeschichtlichen Unterricht ist leicht zu ermessen, wie bedenkliche Früchte sie in dem Laufe von Jahrhunderten müsse getragen haben. Die spätere Zeit, wo geistreiche und gelehrte, wohl in der Praxis bewanderte und mit Achtung für deren Werth durchdrungene Männer angefangen haben einer besseren Lehrmethode Bahn zu brechen, ist noch allzu jung, um bereits an ihren Früchten erkannt werden zu können, um so mehr als sie nichts weniger als weitverbreitet oder gar allgemein ist. Denn nicht nur behaupte ich, dass selbst v. S. in vielen Materien, wo er geltendes römisches Recht zu lehren meint, Rechtsregeln vorträgt, die das Wesen der Rechtsinstitute gradezu todtschlagen, sondern glaube auch die harte Behauptung am Schlusse der Schrift bei detaillirter Critik desjenigen gerechtfertiget zu haben, was er über verschiedene einzelne Rechtsmaterien lehrt. Darum hier beispielweise nur soviel:

Wer nicht blos die Definition des Vertrages in den Worten est duorum in placitum consensus aufgefasst hat, sondern auch von der Ueberzeugung durchdrungen ist, dass eine Klage aus einem Contracte eben darum, weil sie aus einem consensu in idem angestellt wird, alles in diesem Consense einerseits beanspruchte und andrerseits zugesagte, hingegen nichts ausserhalb desselben liegen gebliebene zu fordern berechtigen könne, der wird es unbegreiflich finden, wenn er hört, dass z. B. der Kauf

*) Um nicht ungerecht gegen diese zu sein, hier die Bemerkung, dass ihre exegetische, sich streng an die Quelle haltende Methode, wenigstens die richtige Methode war. Das eigentlich grösste Unheil beginnt mit den dogmatischen Schriften, dem Bauen in die Höhe und Breite, das mit jedem Vorschritte in der Extensivität ebensoviel an dem Grund und Boden verlor, auf dem die Glossatoren fussten und auf dem ihre Methode bei fortschreitender philologischer Bildung sich von selbst würde zurechtgefunden haben.

eines Gefässes null und nichtig sein soll, weil der Käufer ein bronzenes erhält, obschon er ein goldenes erwartete, gültig aber, wenn er statt eines Gefässes aus reinem Golde, ein aus unreinem gearbeitetes erhält; denn wo läge die logische Nothwendigkeit, die dem Begriffe eines Vertrages und einer Klage aus einem Vertrage folgerechter Weise zu solcher Distinction führte? oder: welche logische Nothwendigkeit giebt der Suspensivbedingung die rückwirkende Kraft, welche ihr v. S. beilegt? Fehlt es aber an dieser Nothwendigkeit, so ist die Regel entweder falsch oder die Röm. Praxis hat fehl gegriffen, was der herkömmliche Glaube an ihre Vortrefflichkeit nicht zugesteht und die Einsicht in den Gang ihrer Ausbildung bestimmt verwerfen muss. Gewiss ist aber auch, dass wer als Gesetzgeber, Practiker oder Lehrer sich zu irgend einer Regel bekennt, die bei irgend einem Rechtsinstitute zur Erscheinung kommen soll, obschon dieselbe nicht aus dessen Wesen fliesst, dieses durchaus conturbirt, denn in unlogischen Behauptungen giebt es keinen quantitativen Unterschied zwischen viel und wenig der solche Behauptungen einem logischen Gehalte, unbeschadet der übrigen Integrität desselben, beizumischen verstattete. Unausbleiblich hat ein solches juristisches Wissen, das, die älteren oder jüngeren Traditionen von Rechtsregeln an die Spitze stellend, aus diesen das Wesen der Rechtsinstitute, nicht aus diesem jene mit innerer Selbstüberzeugung ableitet, die Folge, dass es aller innern Sicherheit entbehrt, überall und auf jedem Schritte sich nach einer von aussen gegebenen Regel umsehen muss, und die Regeln sich in das endlose vermehren, ohne dass auch nur das Gebiet mit Sicherheit mag ermessen werden, für das man noch unausgemittelter Regeln bedarf. Wie haben sich diese Regeln gebildet? Eben so wie sich deren noch jeden Tages neue in der Praxis bilden können. Entweder durch die Particulargesetzgebung oder durch den Gerichtsbrauch. Von ersterer ist hier nur soviel zu sagen, als zu dem Gerichtsbrauche eine höchst wichtige Beziehung hat, und darinne besteht, dass die Particulargesetzgebung Gefahr

läuft das Bedürfniss nach neuen Rechtsregeln in dem Verhältnisse zu steigern, in welchem sie demselben durch Creirung neuer Rechtsregeln abzuhelfen sucht. Hierüber Folgendes: An der Röm. Praxis habe ich nachgewiesen, dass Gesetze wirkliches Bedürfniss nur in geringer Ausdehnung und zwar nur insoweit sind, als es ein Rechtsinstitut selbst ist, z. B. Erbschaft, Verjährung und Vormundschaft, das ohne positive Basis eine Unmöglichkeit bliebe, jedoch auch hier nach Muster und Vorbild der Römer das rationell erkannte Bedürfniss nur diejenigen Regeln erheischen wird, von welchen die Existenz und Wirksamkeit des Institutes bedingt sind. Ein höchstbedenklicher ist jeder Schritt, mit welchem die Gesetzgebung dieses abgemessene Ziel überschreitet. Sie thut ihn, indem sie, eine gewisse Gestaltung von Umständen und Verhältnissen vorausgesetzt, den rein rationellen oder positiv hergestellten Begriff des Rechtsinstitutes über seine logischen Folgen hinaus erweitert oder diesseits derselben verengt, um unverschuldeten Verlust abzuwenden. Eine Casuistik zum Objecte einer Norm machend, trägt sie die Schuld, dass die Norm, wo dieselbe zur Anwendung kommen soll, bald zu weit, bald nicht weitumfassend genug sein wird und so zwingt sie den Gerichtsbrauch den einmal eingeschlagenen casuistischen Weg weiter zu verfolgen, die für die Anwendung geeigneten Fälle bald zu erweitern bald zu beschränken, kurz immer wieder neue Regeln zu bilden, obschon die Güte des Rechtszustandes am allerwenigsten durch die Menge der Regeln gesichert wird. Aus der älteren Sächss. Particulargesetzgebung kann jeder nur einigermaassen Sachkundige die zahlreichen, dieser Ansicht zum Beleg dienenden Beispiele entnehmen. Welch ein leidiger Zustand muss nun aber erst dann entstehen, wenn die wohlmeinend über ihr Ziel hinausgreifende Gesetzgebung sich aus reinem Missverständnisse des Röm. Rechts in Activität gesetzt hat! Alsdann verschwindet alles Maas zwischen Regel und Ausnahme und der Gerichtsbrauch muss unaufhörlich neue Rechtsregeln schaffen, um wenigstens so viel möglich

Ordnung herzustellen. Zum Glück lassen dieser Ansicht zur Erläuterung dienende Beispiele sich nur aus unsrer älteren Particulargesetzgebung entnehmen. Von unzähligen wähle ich nur eines aus, dem übrigens zur Entschuldigung dienet, dass dabei die neue Zeit nur in der Weise fortgesündigt hat, zu welcher bereits von Justinian der Ton angegeben war. Ich meine die sogenannten Bewohlthatungen der Bürgen, das beneficium cedendarum actionum, divisionis, excussionis und ordinis, von denen die Römische Jurisprudenz schlechterdings nichts zu unsern Vorstellungen davon übereinstimmendes wusste. Jubere war bekanntlich in der Sprache der Röm. Formularjurisprudenz soviel als mandare und daher die fidejussio, sehn wir von der Form der Stipulation ab, ein mandatum de credenda pecunia. Daraus folgt denn nun ganz einfach, dass, wenn der Gläubiger und mandatarius sein Geld von dem Bürgen zurückverlangte, dieser, weil der Mandant den Mandatar kosten- und schadlos zu halten verbunden ist, das Darlehn erstatten, es in jedem Augenblicke erstatten musste, insofern das Mandat selbst diese Zuständigkeit nicht auf einen gewissen Termin hinausgeschoben hatte, dagegen aber auch der Gläubiger dem Bürgen das Klagerecht abtreten musste; denn alles was dem Mandatare in und mit Vollstreckung des Auftrages geworden ist, das muss er dem Mandanten gewähren*). Somit keine Spur von einem beneficio cedendarum actionum, und ebensowenig von einem beneficio divisionis. M. s. l. 51. pr. de fidejussoribus. (46. 1.) Inter eos fidejussores actio dividenda est, qui solidum et partes viriles fide sua esse jusserunt. Diversum erit verbis ita conceptis: solidum aut partem virilem fide tua esse jubes? tunc enim ab initio non nisi viriles partes singulos debere conveniet. Deutlich ersieht man aus diesem Fragmente, es mussten die Bürgen samt und sonders einzustehen angelobt haben, wenn die divisio actionis statt finden sollte, demnach in der Formel ausgesprochen sein, dass der Einzelne nicht schlechterdings für das

*) L. 20. pr. mandati. (17. 1.) ex mandatu apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet.

Ganze haften wolle; welchergestalt denn auch hier keine Rechtsregel zu Gunsten der Bürgen eingriff, sondern den Interessenten überlassen blieb das auf Uebereinkunft beruhende Rechtsverhältniss so zu gestalten, wie es ihnen am besten dünkte. Ueber die Zweifel, die man dieser Ansicht entgegenstellen kann, s. m. u. das Nöthige*). Dass

*) In Hinsicht auf den in den klarsten Worten abgefassten Ausspruch des Papinian in l. 51. cit. wird es unbestreitbar gewiss, dass mit der epistola Divi Hadriani, welche in den Pandecten häufig erwähnt wird, ohne dass den Compilatoren es der Mühe werth geschienen hat, deren Inhalt selbst anzugeben, es eine andre Bewandniss als die gewöhnliche angenommene muss gehabt haben. Unter Bezugnahme auf §. 4. I. eod. fidejussoribus. (3. 20.) (Der hier — lb. III. §. 121. — unvollständig erhaltene Institutionentext des Gajus giebt keine nähere Aufklärung über die epistola Divi Hadriani) nehmen unsre Lehrbücher als allgemeine Regel an: wo mehrere Bürgen für eine und dieselbe Schuld eingetreten sind, haftet zwar jeder für das Ganze, jedoch nur subsidiarisch, insoweit nicht die Theilung der Klage unter sämmtliche zahlungsfähige Bürgen die solidarische Verbindlichkeit vertritt. Das ist nicht nur in Hinsicht auf l. 51. pr. cit. sondern auch nach andern inneren und äusseren Gründen unglaublich.

1) Nicht an die divisio actionum gebunden zu sein, ist nicht nur dem Gläubiger bequemer, sondern es können auch in dieser Beziehung des Gläubigers und des Bürgen Interesse zusammenfallen, wenn gegen die damit verbundenen Umständlichkeiten jener eben so entschiedene Abneigung hat, als es die Bürgen interessirt, dass das Geschäft zu Stande komme. Somit wäre mit einem solchen ganz allgemeinen Ausspruche die epistola Divi Hadriani hemmend in den Verkehr eingetreten. Diesem Uebelstande helfen wir Neuern ab, durch Begebung des beneficii. Auch die Römer hätten sich nicht anders helfen können, wären die Bürgen von Hadrian so bewohlthatet gewesen, wie wir annehmen. Nirgends aber findet sich eine Spur, dass eine solche Aushülfe üblich gewesen sei.

2) Es ist widersinnig, dass wenn heute A. sich für den B. verbürgt hat und ein Jahr später C. ebenfalls Bürge wird, damit der Gläubiger den Credit verlängere, den derselbe ausserdem fernerhin weder dem B. noch dem A. schenken würde, divisio actionis zwischen A. und C. eintrete, gegenseitig auf einander bezogen werde, was gegenseitig durchaus isolirt Platz ergriffen hat.

3) l. 15. §. 1. eod. beweist, dass das benefic. divis. gar nicht unbedingt in Anwendung kam. Zwei Bürgen hatten sich für eine Schuld von 20 Thlr. verbürgt. Gegen Erlegung von 5 Thlr. entlässt der Gläubiger einen der Bürgen der Verbindlichkeit. Die übrigen 15. klagt er nunmehro unbehindert von dem der Bürgschaft nicht entlassenen ein. Hätte die divisio actionum so unbedingt statt gefunden,

(l. 10. §. 1. cod. ita demum inter fidejussores dividitur actio, si non infitientur; nam infitiantibus auxilium divisionis non est indulgendum.) die divisio actionis hinwegfiel, wenn der Bürge die Bürgschaft leugnete, das machte sich ebenfalls von selbst. Denn die practische Logik der Römer sah ein, dass es ein Widerspruch ist, die Existenz eines Anspruches zu leugnen und zugleich dessen Theilung zu verlangen. Endlich wusste auch kein Röm. classischer Jurist irgend etwas von einem beneficio ordinis, denn überlassen blieb es den Contrahenten durch die Stipulationsformel, den Zeitpunkt, von dem an aus der Bürgschaft geklagt werden könne oder nicht, beliebig festzustellen; so z. B. (m. s. in l. 52. pr. cod. die Worte: quanto minus ex pretio distracti pignoris servari profecerit) bis nach Verkauf des von dem Hauptschuldner bestellten Pfandes. Nun zu demjenigen, was diesen einfachen Zuständen, in denen man sich mit eben so grosser Leichtigkeit als Sicherheit bewegen konnte, der Gesetzgeber hinzugethan hat. In Folge der Novelle 4. Cp. 1.

so würde zu dem Betrage von 5 Thlr. die doli exceptio dem Gläubiger entgegen gestanden haben. Des Inhaltes der epist. D. Hadriani scheinbare Unvereinbarkeit mit l. 51. pr. cit. verschwindet, sobald man die hier einschlagenden Formeln genau erwägt. Wollten die Bürgen nur pro parte virili ein jeder gehalten sein, so fidejubirten sie pro partibus virilibus, sollten sie unbedingt in solidum gehalten sein, so fidejubirte jeder in solidum ohne limitirenden Zusatz. Um zwar in solidum, jedoch nur subsidiarisch unter Theilung der Klage zwischen den zahlungsfähigen Mitbürgen gehalten zu sein, fidejubirten sie das solidum et partes viriles. Von Seiten ihrer Kürze angesehn, war diese Formel gut ersonnen, allein zugleich laborirte sie, ohne dass sich dem durch eine andre gleich kurze Formel abhelfen liess, an einer Dunkelheit, indem das Ganze und zugleich partem virilem schuldig sein zu wollen keinen passenden, dem Verhältnisse mit voller grammatischer Deutlichkeit entsprechenden Sinn gab, den man erst durch Interpretation und die Betrachtung fand, dass der zu dem Verhältnisse einzig passende und darum mit den Worten zu verbindende Sinn der sei, zwar hätten die Bürgen für das Ganze jedoch nur subsidiarisch haften wollen, insofern das Haften für die partes viriles nicht vermöchte das Ganze zu decken. Diesen Sinn nun legte die epistola Hadriani durch ihre Autorität der Formel bei, welche zu chicaniren dem Scharfsinn Röm. Juristen nicht schwer gefallen sein mochte.

sind wir mit dem beneficio ordinis beschenkt*). Erst soll der Hauptschuldner ausgeklagt und ist er nicht zur Stelle, dem Bürgen nach richterlichem Ermessen eine Frist gesetzt werden, binnen welcher er den Schuldner zur Stelle zu schaffen habe. Die Tendenz des gut gemeinten Gesetzes ist offenbar die, überall den Bürgen in die Lage zu setzen, in welche er sich nach älterer Praxis durch die Stipulationsformel setzen konnte, wenn es dem Gläubiger genehm war. Wo aber läge der rationelle Grund jenen in eben diese Lage auch dann zu setzen, wenn es dem Gläubiger nicht würde genehm gewesen sein, sich eine dahin abzielende Formel gefallen zu lassen. Ferner: welche Schwierigkeiten, um nach äusseren durchgreifenden Kennzeichen bestimmen zu können, der Hauptschuldner sei absens in dem Sinne, auf welchen es hier ankommt? wie viele casuistische Rechtsregeln festzustellen wird nicht allein hierdurch Obliegenheit des Gerichtsbrauches, wie viel andre werden nöthig,, um die Frist, die dem Bürgen soll gegönnt sein, den Hauptschuldner herbei zu schaffen, in Verhältniss zu Zeit und Umständen mit einer gewissen Gleichmässigkeit abzuwägen? welche Menge allein hierdurch zu Streit und Unbehagen gegebener Stoff! Ich lasse dahin gestellt sein, inwieweit die heutige Praxis in den Stand ist gesetzt worden, diese Inconvenienzen zu überwinden und wende mich zu der Masse des unerspriesslichsten Regelwerkes, das ausserdem an die Bürgschaft angeschossen ist.

1) Const. XVII. P. II. hat unter andern es als eine Bewohlthatung des Bürgen angesehen, dass gegen Zahlung ihm der Gläubiger alle andere als auf der Bürgschaft beruhende, die Schuld betreffende Klagerechte ab-

*) Justinian erwähnt hier eine antiqua lex, von der jedoch wir nicht mehr sagen können, als dass sie hier erwähnt ist. M. vergl. Francisc. Balduin. comment. in praecipuas Justiniani novellas. Lugd. 1548. pag. 10. Mathias Stephanus in dem Commentare zu den Novellen (Wittenberg 1700) will von diesem alten Rechte hin und wieder Spuren in den Briefen des Cicero gefunden haben; wo? sagt er nicht, und es möchte ihm nicht leicht gefallen sein, es zu sagen.

treten muss*), während dies gezeigtermaassen naturgemäss aus dem Wesen des Mandates folgt, von dem die Bürgschaft eine Gattung ist. Somit eine todte, nicht weiter als ihre Worte reichende Regel statt der Römischen klaren Anschauung des Institutes, welches keiner Regeln bedarf.

2) Mehrere Bürgen, die für eine Schuld gut gesagt haben, werden auch dann, wenn sie zu ganz verschiedenen Zeiten und demnach so eingetreten sind, dass keiner von dem andern Notiz genommen hat, eben so angesehen, wie das Röm. Recht nur die Mitbürgen, d. h. diejenigen ansieht, deren Erklärung Bürgen sein zu wollen, gemeinschaftlich ist abgegeben worden. Also eine Rechtsregel, entstanden aus dem Verkennen des Röm. und naturgemässen Unterschiedes zwischen einer blossen Pluralität von Bürgen, je nachdem dieselben entweder nur zufällig oder aus Absicht eine Mehrheit von Bürgen bilden. Dass Fälle eintreten können, wo zu Vermeidung allzugrosser Härten, die Praxis kaum wird umhin können, die falsche Regel zu modificiren und also den Irrthum theilweise mit neuen, nothwendig aber einer wirklichen Basis ermangelnden, also, genau genommen, falschen Rechtsregeln zu modificiren, das leuchtet ein.

3) Man hat es für eine poena infitiationis angesehen, dass der die Bürgschaft ableugnende Bürge, das auxilium (also nicht beneficium nennt es l. 10. §. 1. de fidejussoribus) divisionis verliert. Schon oben bemerktermaassen ist dies eine ganz unrömische Ansicht, die man auch nicht als particularrechtliche Satzung aus §. 3. ad Tit. III. der Erl. Pr. Ordnung ableiten kann**). Allein ganz angemessen schien es, niemanden in eben dem Rechtsverhältnisse bewohlthatet sein zu lassen, indem er sich hat mit Lügen helfen wollen. Geben wir aber einmal zu, dass

*) „Es haben die Bürgen in Rechten etliche Wohlthaten, als excussionis, divisionis, cedendarum actionum u. s. w.“ Sehr beachtenswerth scheint mir auch das: u. s. w.

**) „Bei welcher Gelegenheit wir zugleich dasjenige insgemein, was sonst von denen Straffen der Inficiation in denen Rechten und besonders in §. 26 I. de Act. l. ult. ff. de R. V. l. 2. §. 1. ad l. Aquil. l. 1. §. 1 u. 4. ff. Depos. Auth. Contra: Cod. de non num. pec. Nov. 18. cp. 8. gar heilsamlich verordnet ist, hiermit bestätigt u. s. w.“

mit negativer Litiscontestation beliebige Exceptionen verbunden werden, weil der Prozess als ein bellum civile gilt, wo alles gut ist was zum Ziele führt, so sieht man nicht, was der Bürge in Fällen der gedachten Art schlimmeres thut, als derjenige, welcher den Klagegrund leugnet und eine peremtorische Exception vorschützt. Somit eine Inconsequenz, die, wie es bei Inconsequenzen meistens geschieht, deren andere in Menge herbeiführen kann.

4) Da zur Zahlung an den Gläubiger der Bürge nach nov. 4. cp. 1. nur unter der Voraussetzung gehalten ist, dass er die Befriedigung erfolglos bei dem Hauptschuldner gesucht, oder dieser der Klage sich entzogen hat, so ist die Klage des Gläubigers unschlüssig, wenn sie nicht das eine oder das andere behauptet. Da sich aber einmal der Glaube an Bewohlthatungen des Bürgen festgesetzt hatte, so führte erstlich die cit. Novelle zu der Annahme eines beneficii ordinis und excussionis; woraus denn, weil man niemandem als Wohlthat erweisen kann, was nicht zuverlässig ihm erwünscht ist, zweitens folgte, dass dem Bürgen überlassen blieb zu Abwehr der Klage die Vorausklagung des Hauptschuldners zu beantragen. Diese Beantragung, die keine negative Litiscontestation war, musste eine Exception sein, da nach allerdings richtiger Theorie, ausser dem Ableugnen der Klage, dem Beklagten nur Exceptionen zu seiner Vertheidigung gegeben sind. Weil nun aber weiter diese vermeintliche Ausflucht die Klage gänzlich beseitigte, sobald der Hauptschuldner solvent war, im entgegengesetzten Falle aber das Verfahren gegen den Bürgen nur so lange hemmte, als des ersteren Insolvenz nicht entschieden war, so hing drittens die Antwort auf die Frage, ob in Gestalt des beneficii excussionis exceptio peremtoria oder dilatoria vorgeschützt sei, so lange in jedem concreten Falle von dem Erfolge ab, als man nicht glaubte, diese allerseltsamste Art der Belehrung durch den Namen exceptio mixta entbehrlich gemacht zu haben, welches statt eines Begriffes gegebene Wort recht deutlich ausspricht, wie man zwar einerseits die Annahme einer Exception nicht loswerden

aber auch ebensowenig das dumpfe Gefühl bemeistern konnte, der Natur der Sache nach handle es sich um einen geleugneten Klagegrund, möge dieser nun durch den Inhalt der Klage oder des Exceptionssatzes zur Sprache gekommen sein. Welche Ungewissheiten muss in der Praxis ein so in sich selbst zweispaltiger Begriff erzeugen!

5) Diese exceptio mixta erhielt sich in den usuellen Vorstellungen als eine den Bürgen von Justinian erwiesene Wohlthat. Somit aber hinderte nichts, dass der moralische Eifer der Juristen, nachdem er den die Bürgschaft böswillig verleugnenden Bürgen des beneficii divisionis beraubt hatte, ihn auch mit Verlust des beneficii ordinis bestrafte. Da nun aber

6) dieser Gerichtsbrauch entschieden feststeht, so steht auch mit allen ihren Uebelständen die eben sattsam gewürdigte exceptio ordinis und excussionis entschieden fest; denn jene poena infitiationis macht diese exceptio zu einer nothwendigen Voraussetzung.

Die hier nur flüchtig angedeutete Masse von Verwirrung und Widersprüchen ist hervorgerufen worden durch den gesetzlich ausgeprägten ganz unrömischen Glauben an der Bürgen beneficium excussionis, divisionis und cedendarum actionum, über welche die Juristen älterer Zeit offenbar auf die wunderbarste Weise hin- und hergestritten haben, denn sonst hätte man nicht darauf verfallen können, diesen Streit dadurch zu schlichten, dass man (m. s. Constit. XVII. cit. und Constit. XVIII. ebends.) —

7) verordnete, der Bürgschaft inhärire das benefic. ordinis, auch dann wenn der Bürge erklärt habe, als Selbstschuldner haften zu wollen. Ja gewissermaassen sollte er desselben sich gar nicht entschlagen, wenigstens nicht auf die den Bürgen verliehenen Rechtswohlthaten Verzicht leisten können, ohne eine derselben speciell genannt zu haben. Solche Rechtsregeln, deren Existenz auch nur zu ahnen der Nichtjurist völlig ausser Stande ist, waren keine Willkühr, sondern derjenige

Widerstreit juristischer Meinungen, in welchen auch der Gesetzgeber befangen war, rief sie hervor. Uns erscheinen sie als Willkühr. Dass sie Unbehagen erregen und da wo ihre Existenz unverschuldeten Schaden und Verlust in allzu auffallender Gewalt herbeiführt, den Gerichtsbrauch reitzen können, sie durch modificirende neue Rechtsregeln einigermaassen zu brechen, das bleibe dahingestellt. Wohl aber frage ich

8) wohin führt der Satz: der Bürge kann sich des beneficii cedendarum actionum begeben? Berauben wir denselben, um an ihm eine poena infitiationis zu vollstrecken, des beneficii cedendarum actionum, so hat dies einen Sinn nur dann, wenn wir annehmen, dass dies dem Bürgen schadet, er nunmehr nicht gegen den Schuldner regrediren kann. Das führt aber dahin, dass der Bürge gegen den Schuldner ein Recht verliert, weil er gegen den Gläubiger gelogen hat, dass der Schuldner sine titulo et jure gewinnt, weil ein Dritter hat belogen werden sollen. Wie hängt das zusammen? Bedarf nach heutiger, allerdings sehr breit gewordener und höchst haltungsloser Theorie von der versio in rem, der Bürge, der für den Schuldner bezahlt, einer ihm von jenem abzutretenden Klage um gegen den Schuldner zu regrediren? Hat er aber überhaupt eine Klage, um zu seinem Gelde zu gelangen, so kann es ihm sehr gleichgültig sein, ob der Bürge ihm eine Klage abtritt, die ja doch immer nur zu dem nemlichen Objecte führen könnte.

Somit habe ich an einem Beispiele gezeigt, wie der Gerichtsbrauch, ohnehin genöthigt immerfort neue Rechtsregeln zu erzeugen, weil überhaupt nur die Casuistik ihn in den Stand setzt seine Aufgabe zu lösen, durch die Particulargesetzgebung noch mehr unabweisliche Veranlassung zu Uebung dieser Thätigkeit erhält, als durch das Verhältniss, in welches ihn zu dem Röm. Rechte eine unrichtige Auffassung desselben gesetzt hat, welche von der Literatur tagtäglich verstärkt wird. Wer das gegebene Beispiel überzeugend findet, der theilt mit mir auch die weitere Ueberzeugung, dass alle ältere Bestandtheile

unsrer Particulargesetzgebung, welche um deswillen, weil man unsere Tage für gesichert vor ähnlichen Missgriffen halten wird, noch keinesweges aufgehört haben fortzuwirken, gleichartige Betrachtungen verstatten und die Particulargesetzgebung das Schaffen neuer Rechtsregeln einer entbehrlichen Masse rein casuistischen Wissens in der Maasse gesteigert hat, in der sie, constituirend und decidirend, dasselbe hat entbehrlich machen wollen. Depositare der bereits geschaffenen Regeln sind die Gerichte und die Sachwalter, welche durch ausgebreitete und langjährige Erfahrung in den Stand gesetzt sind, sich mit der des älteren Dicasterianten zu messen. Wäre es anders, so wäre es zugleich unmöglich, dass die Brauchbarkeit des jungen, nichts als sein in den Hörsälen und aus der Literatur gesammeltes Wissen mitbringenden Dicasterianten, habe er auch noch so viel Talent, dennoch geraume Zeit hinter dem mittelmässigsten der alten Berufsgenossen weit zurückbleibt, dem gegenwärtig ist, wie man bereits in diesen und in jenen Fällen erkannt habe, dessen Erfahrungsschatz auch da leicht aushilft, wo eine neue Rechtsregel zu erfinden ist, indem er diese so erfindet, wie man die ältern erfunden hat, d. h. zwischen vorhandenen collidirenden eine Art Transact eintreten lassend, bei welchen die Stimmung, in welche man sich durch den eben vorliegenden Fall versetzt findet, einen nach dieser und jener Seite hin überschlagenden Einfluss äussert. Einzelne rechtsprechende Behörden sind jederzeit mit rühmlichem Erfolge beflissen gewesen, ihrem Berufe mit weniger zufällig ausgestatteten Kräften zu entsprechen, in keiner Behörde werden nicht wenigstens einzelne dies Streben theilen, keiner Behörde aber und keinem Einzelnen ist es möglich, sich ganz von dieser Routine frei zu erhalten, so dass, wenn man mit Recht von dem Ganzen sagen darf, was das Ganze in den allermeisten Formen seiner Erscheinung wahrnehmen lässt, die eben geschilderte Routine, die einzige Quelle unsrer Rechtskenntniss und weil alles ambiguum ist, keine Verachtung des Röm. Rechts so weit getrieben wird, dass sie nicht, selbst ohne es zu wissen, die l. 38.

de LL. (1. 3.) Jahraus Jahr ein in tagtägliche Anwendung setzte*).

Materiell genommen verdient dieser Zustand nicht so verschrieen zu sein, als ihn eingebildete eigentliche Gelehrte verschreien, die in ihren Schriften vollständigen Beweis liefern, dass sie in der Praxis nicht im Stande wären auch nur um ein Haar besseres zu leisten. Einmal wird, was das Wichtigste, in jedem Rechtszustande, die Idee des Rechtes und der Glaube an ihre Heilighaltung aufrecht erhalten, sobald nur jeder Rechtsspruch beurkundet, dass die einmal in Gebrauch gesetzten Normen treufleissig mit sorgfältiger Wahrnehmung des Factischen sind beobachtet worden und sodann wirkt in dem concreten Falle das Recht, das Wesen der Rechtsinstitute, meistens mit so unerkannter geistiger Gewalt, dass eine Menge Präjudize, deren Substructionen misverstandene Ansichten des Röm. Rechts sind, sich dennoch vollkommen treffend aus Röm. Rechtsansichten ableiten lassen. Nehmen wir noch hierzu die natürlich auch nicht geringe Anzahl in den Resultaten wie in den Motiven richtiger Präjudize und den Erfahrungssatz, dass die Erkenntniss grellen Unrechtes unschwer sich Bahn bricht, so ist, wie gesagt, jene Routine, die wir Gerichtsbrauch nennen, ehrenwerther als die Erfahrungslosigkeit in der Praxis es zugeben will. Um nichts weniger giebt es aber auch einen andern Gesichtspunkt, von dem aus betrachtet, es höchst erwünscht und eine Pflicht ist dahin mitzuwirken, dass der Eifer, womit Behörden und Einzelne die absolute Macht der Herkömmlichkeit in immer engere Gränzen zurückzudrängen suchen, den erwünschten Erfolg habe. Die mechanische Erfüllung des Berufes ertödtet die Freudigkeit an dessen Erfüllung und alles aus ihr entspringende Gute. Sodann ist aber auch zu beachten, dass die gesammten Beziehungen des bürgerlichen Zustandes von keinem Elemente desselben so allseitig

*) Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.

durchdrungen, ja mit keinem so identisch als mit dem Rechte sind. Muss nun also nicht in Hinsicht auf Herrschaft der Intelligenz die Vorzüglichkeit des Gesammtzustandes eines Volkes in dem nemlichen Maasse steigen und fallen, in welchem die Sphäre, die einzig und allein von dem Rechte in dessen sichtbarster Gestalt erfüllt ist, sich von der Routine emancipirt oder von ihr gebunden bleibt, von deren überwiegenden Herrschaft jeder, dem sie nicht als eine unter den gegebenen Umständen nothwendige Erscheinung einleuchten sollte, sich durch die Erfahrung überzeugen kann, dass obschon die Praxis des erklärtesten Verächters des Röm. Rechtes überall in Conformität von l. 38. de LL. verfährt, dennoch keine Verehrung eben dieses Rechtes so gross ist, dass bei jeder Spruchbehörde mit Sicherheit darauf möchte gerechnet werden, man brauche nur erhebliche Zweifel gegen die Rationalität eines Gerichtsbrauches zu erheben um gemäss dem Ausspruche in l. 39. eod. quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet, eine Discussion über den Werth des Gerichtsbrauches herbeizuführen. Die Wichtigkeit dieses Erfahrungssatzes als Beweises für die überwiegende, ja exclusive Herrschaft des Gerichtsbrauches erhöht sich dadurch, dass dem Einwande, es würde die certitudo juris verschwinden, wollten die Gerichte selbst critische und nach Befinden der Umstände annihilirende Hand an den Gerichtsbrauch legen, sich weniger entgegensetzen lässt, als der Eifer zugestehen will, womit nicht selten neue Meinungen vertheidiget werden. Denn allgemein und sofort in Ausübung gesetzt würde die in l. 39. cit. anbefohlene Maxime binnen nicht allzu langer Zeit unseren ganzen Rechtszustand umkehren, was nicht frei von bedenklichen Folgen sein dürfte; sodann bemächtigt aber auch bei ungefährem Ueberschlage der immensen Masse desjenigen, wovon anzunehmen sein möchte, der Irrthum habe es gezeugt und die Gewohnheit gross gezogen, des Besonnenen sich die bescheidne Erwägung, es müsse nach Lage der Sachen so überaus leicht sein bei

Auffassung und Feststellung von Rechtsregeln in Irrthum zu verfallen, dass die neue Meinung in Gefahr stehe nichts anderes als einen neuen Irrthum aufzustellen. Hierbei drängt sich aber sogleich die Bemerkung auf, dass die Unsicherheit über die Folgen eines Verfahrens kein Moment ist, das die Unterlassung desselben hinreichend zu rechtfertigen vermöchte, jene Unsicherheit diese Unterlassung am wenigsten dann rechtfertiget, wenn letztere auf alle Fälle die gewisse schädliche Wirkung hat, dass wir, beherrscht in dem wichtigen Gebiete der Jurisprudenz von dem Herkömmlichen blos um deswillen, weil es die Autorität des Herkömmlichen für sich hat, in eben diesem Gebiete auf die Vortheile verzichten, welche überall in Vergleich mit dem Verfahren nach blosser Herkömmlichkeit dasjenige Verfahren gewährt, das mit klarem Bewusstsein Regeln befolgt, deren Richtigkeit es aus innern Gründen erkannt hat.

Weil auch der Befangenste nicht im Stande ist sich abzuleugnen, dass der allesbeherrschende Einfluss, den die aus den geschilderten Elementen entsprungene und täglich weiter und breiter werdende Gewohnheit auf unsern Rechtszustand ausübt, ein verworrenes Aggregat weder äusserlich übersehbarer noch innerlich unter einander zusammenhängender Sätze in Geltung gesetzt hat, deren Handhabung sich auf kein sicherleitendes Princip zurückführen lässt, so sind mannichfache und die entgegengesetztesten Wege in Vorschlag gekommen, von denen man sich eine Abhülfe verspricht. Erstlich die Codificationen; jedoch an der Röm. Jurisprudenz habe ich gezeigt, dass eine gebildete, ihrer Aufgabe gewachsene Praxis keineswegs den gesammten Privatrechtszustand zu normiren bestimmte Sammlungen souveräner Willensaussprüche, sondern nur diejenigen positiven Vorschriften nöthig hat, welche müssen positiv gegeben sein, sobald das Wesen eines Rechtsinstitutes von der Art ist, dass ausserdem dasselbe in keinem concreten Falle sichtbares Dasein anzunehmen vermöchte. Zugleich habe ich bemerkt, wie jedes nicht aus diesem wahren und wenig umfänglichen Bedürfnisse hervorgegangene Gesetz sehr bald

das Bedürfniss nachträglicher Regeln erzeugt, die alsdann anderweite Regelnachträge erzeugen, welchergestalt denn der Gerichtsbrauch, der das einzige hierzu taugliche Organ ist, indem kein anderes sich in der Lage sieht dem tagtäglichen Bedürfnisse in die Hand zu arbeiten, die Rechtsregeln in ungeheuer fortschreitender Progression vermehrt. Hieraus, dünkt mich, ergiebt sich sonnenklar, dass jede Codification, indem sie das Maximum an Hülfe gewähren will, nach nicht gar langer Zeit das nemliche Uebel, das durch sie vernichtet werden soll, in gleichem oder noch grösserem Maasstabe neuerzeugt und bei gänzlicher Vereitlung ihres Zweckes sich selbst vernichtet hat. Wenn es wahr ist, dass Napoleon, als zu seinem Civilgesetzbuche der erste Commentar erschien, ausgerufen hat: mon Code est perdu, so hat er damit ein so bedeutendes Beispiel der Grossartigkeit seines schnellen Urtheils gegeben, dass man überzeugt sein darf, nach kürzester eigner Theilnahme an der Thätigkeit der Gerichtshöfe würde er gesagt haben: tout Code sera perdu, er wird gelten, jedoch grade das Widerspiel seines Zweckes herbeiführen.

Die historische Schule verwirft ebenfalls die Codificationen, nicht aber um deswillen, weil sie dieselben für etwas schon in der Idee verfehltes ansieht, sondern weil sie glaubt unser Zeitalter sei nicht reif dazu, welche Annahme zugleich die Möglichkeit setzt, ein künftiges Geschlecht könne fähig werden den ideenwidrigen Fehlgriff mit seegensreicher Schicklichkeit zu thun. Dasjenige Moment, von dem sie sich allen vorläufigen Gewinn verspricht, setzt sie in Herstellung „natürlicher Einheit zwischen Theorie und Praxis“ und das Leiden der Gegenwart — m. s. die obenangezogene Vorrede zu der Schrift v. S's. — in eine stets wachsende Scheidung zwischen Theorie und Praxis. Wer aber vermöchte es sich deutlich zu machen, was geschehen müsse, um im Sinne dieser Worte das Rechte gethan zu sehn. Kann — oben ist darüber ausführlich gesprochen worden — Theorie und Praxis für vereiniget gelten, wenn die Praxis, ihr von dem Haupte der historischen Schule anempfohlenermaassen

sich den Autoritäten der eigentlichen Gelehrten in die Arme zu werfen versucht; denn zu mehr als einem Versuche kann der Vorschlag nicht führen, da für das Erkenntniss jener Autoritäten nur die vagsten völlig nichtssagenden Criterien angegeben werden. Längst lebte, gäbe es der Art Criterien, die Praxis ihr goldnes Zeitalter, denn welchen Tages hätte sie die gutmüthige Bereitwilligkeit verleugnet, sich Autoritäten zu unterwerfen, und welchen Tages hätte sie sich nicht sagen müssen, dass bei dem steten Widerstreite der Autoritäten dieselben, eigenhändig den Glauben an ihre Zuverlässigkeit zerstörend, selbst sich gegenseitig um alle Autorität bringen.

Da Mündlichkeit und Oeffentlichkeit und das allgemeingewordene Geschrei noch beiden überhaupt zur Fahne dient, unter welche in unsern Tagen alles sich schaart, was miszufrieden mit irgend einem Zustande des bürgerlichen Lebens ist, so konnte es nicht fehlen, dass man bereits Stimmen vernommen hat, welche uns versichern, man brauche nur die Thüren, besser noch auch die Fenster der in die Erdgeschosse zu verlegenden Gerichtssäle aufzumachen, und sofort würden die Richter, umgeben von einer Volksrepräsentation, welche herzustellen jeder beliebigen Volksmenge überlassen sein soll, nach dem in des Volkes Bewusstsein wirklich lebenden Rechte sprechen. Den schönsten Erfolg dürfte man von Annahme dieses Vorschlages erwarten, wenn es möglich wäre die Zustände derjenigen Tage, wo das Rechtsprechen der Sache wie der Form nach ein volksthümliches war, in allen Beziehungen zurückzurufen und hiernächst alle von da an bis heute zwischeninneliegende Perioden mit allen ihren historischen Momenten, jedoch mit Ausschluss jeden Gebrauches des Röm. Rechtes, von neuem durchzuleben. Jedoch ein solches Verfahren möchte auf Schwierigkeiten stossen, die zu überwinden wir zur Zeit unfähig sind. Demnach lasse ich den Vorschlag, zu dessen zweckmässiger Ausführung die erste wesentliche Prämisse unerreichbar scheint, auf sich beruhen. Mir scheint, es wiederhole sich bei dem langjährigen fort und fort zu keinem Resultate führenden Incriminiren unsers Rechts-

standes das Nemliche, was wir so häufig bei dem Tadel socialer Verhältnisse wahrnehmen. Alles Heil erwartet man von irgend einer Regierungsmaasregel, wodurch diese oder jene äusserliche Ordnung hergestellt werden soll, der man die beabsichtigte Wirkung zutraut und übersieht dabei, dass ein tüchtiger und redlicher Sinn, verbunden mit klarer Auffassung der gegebenen Verhältnisse in sich selbst alle Mittel fände, welche sichtbaren Mängeln des actuellen Zustandes die dem Erkenntnisse derselben proportionale Abhülfe zu geben vermöchte. So hat auch hier die Bedingungen des Besserwerdens jeder zu seinem Theile in eigner Hand und es ist der Gerichtsbrauch vollkommen in den Stand gesetzt gründlich alles dasjenige selbst zu beseitigen, was man ihm Uebles nachsagt; an welche Behauptung, wenn sie sich beweisen lässt, unmittelbar die Folgerung anschliesst, dass unser Rechtszustand wenigstens insofern untadelhaft ist, als er, weniger der Theorie als dem Thatsächlichen nach, in dem Gerichtsbrauche die alleinige Quelle des objectiven Rechts erblickt.

Das Uebel, auf dessen Beseitigung es ankommt, ist geschildert und besteht, um das Gesagte kürzlich zu wiederholen, in einer Masse chaotischen Regelwerkes, das täglich sich steigert, weil die Incongruenzen und Widersprüche, von denen es durchdrungen ist, fortwährend zu Vermehrung der Rechtsregeln zwingen. Gezeugt und grossgezogen ist dieses Uebel

erstlich von dem irrthümlichen Glauben an das Corpus juris als Gesetzbuch,

zweitens von den Misverständnissen seines Inhaltes im Einzelnen.

Jenes irrthümlichen Glaubens sich bewusst zu sein, hilft nicht viel. Zwar vermag dies Bewusstsein davor zu schützen, dass man nicht künftighin verwerfliche Regeln aufstellt, weil man sie in dem Corp. jur. findet oder, was die meisten Male der Fall sein wird, zu finden vermeint. Der eigentliche Uebelstand aber liegt in der Anzahl bereits vorhandener Rechtsregeln und darinne

dass man überhaupt Rechtsregeln schaffen muss, um in concreten Fällen den Widerstreit der vorhandenen zu schlichten. Wie aber vermag man dieses lästigen Besitzthumes sich abzuthun ohne zugleich den actuellen Rechtszustand zu vernichten, welcher so lange wir keinen andern haben, mit allen seinen Mängeln muss in ungeschmälerten Ehren und Würden gelassen werden?

Darauf antworte ich mit Vorschlägen, die nicht nur im Einzelnen, jedoch auch so schon bedeutende Hülfe gewähren würden, sondern auch zu Erkenntniss eines allgemein durchgreifenden Verfahrens leiten. Gewiss ist die Sicherheit des Rechtszustandes nicht im mindesten bedroht, wenn man Rechtsregeln ausser Uebung setzt, hinsichtlich deren sich mit evidentester Gewissheit nachweisen lässt, dass der Gerichtsbrauch sie nach Analogie einer andern Rechtsregel, nach einem Vorbilde geschaffen hat, das schon an und für sich selbst kein Bedürfniss eines ausgebildeten Rechtszustandes war.

Z. B. die sich selbst überlassene Römische Praxis wusste nichts von einer Rechtsregel, wie wir sie in der bekannten l. 7. und 8. C. de rescind. vendit. finden, deren Verkehrtheit einleuchtend ist. Denn aus welchem vernünftigen Grunde möchte man die Contrahenten behindern, so theuer oder so wohlfeil zu kaufen und verkaufen als sie wollen? und hätte es an dem wirklichen Willen gefehlt, so lässt ohnehin das Pandectenrecht es nicht an durchgreifender Abhülfe fehlen; auch hat jederzeit die Anwendung des leidigen Gesetzes der Praxis Verlegenheiten geschafft, die sich indessen, da nun einmal das Gesetz besteht, nicht beseitigen lassen. Demohngeachtet aber sehen wir von ihren ersten Zeiten an die neuere Praxis des Röm. Rechtes dasjenige, was die l. 2. cit. nur dem Verkäufer zu Gunsten verordnet, auch auf den Käufer, endlich auf alle zweiseitigen Contracte, ja sogar auf die Transaction übertragen und hinsichtlich dieser, wo es grade am allerunangemessensten war, eine dergleichen Beschränkung eintreten zu lassen, Constit. XXXIV. P. II. den Gerichtsbrauch ausdrücklich sanctioniren. Was aber könnte den Gerichtsbrauch abhalten

das leidige Römische und noch leidigere Sächs. Gesetz zwar zu befolgen, weil sie einmal Gesetze sind, jedoch auch schlechterdings nur insoweit zu befolgen, als dazu der ausdrückliche Buchstabe jener Gesetze zwingt?

Ferner: die Röm. Jurisprudenz vor Constantius Chlorus beweist, dass das Institut der gerichtlichen Insinuation erstlich aller, dann der Schenkungen zu einem gewissen Betrage nicht unter die Erfordernisse eines geordneten und ausgebildeten Rechtszustandes zählt. Welches Irrsal durch die, jene Insinuation vorschreibenden kaiserlichen Constitutionen ist aufgethan worden, macht sich der Leser vollkommen anschaulich, wenn er darüber in v. S. Bd. IV. S. 198. und die darauffolgenden vollen 23 Seiten nachliest. Keinen Begriff habe ich von der Capacität desjenigen Richters, welcher glauben möchte nach Studium dieser Stelle die vielfachen an die gerichtliche Insinuation der Schenkungen angeschossenen Streitfragen mit theoretischer Sicherheit beurtheilen zu können. Was wäre bequemer und zugleich zweckmässiger als alle jene Stellen in jeder Beziehung zu ignoriren, in der sich auch nur der leiseste Zweifel über ihre Anwendbarkeit erheben liesse. Mit Freude sollte hier der Gerichtsbrauch sich bewusst werden, dass er des Widersinnigen gar vieles zum geltenten Rechte gemacht hat; denn daraus müsste er die Zuversicht schöpfen, der grössten Masse dieses heillosen Krames *) sich entledigen zu dürfen.

*) Man lese S. 210. und 211.

„Die gerichtliche Insinuation soll angewendet werden, bei jeder Schenkung, deren Geldwerth mehr als 500 Solidi beträgt. Es kommt dabei zunächst auf den Werth des Solidus, dann auf den Werth der Schenkung an, um beide Grössen mit einander vergleichen zu können. Die neuere Praxis hat den heutigen Ducaten als römischen Solidus angenommen. Auch damit wäre noch keine feste Grösse gewonnen, theils weil es verschiedene Sorten von Ducaten giebt, theils weil der Curs einer jeden dieser Sorten den Schwankungen unterworfen ist, die in dem Verhältniss des Silbers zum Golde einzutreten pflegen. Allein glücklicherweise ist die Praxis noch einen Schritt weiter gegangen, und hat den Werth angenommen, in welchem der Ungrische Ducat ursprünglich ausgeprägt wurde, nämlich $2\frac{2}{3}$ Thaler oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuss. Hiernach betragen 500 Solidi so viel als 2000 schwere Gulden, oder 100 Mark fein in Silber, oder

Da man mir zugeben wird, es liessen die gegebenen Beispiele sich so ziemlich durch das ganze Alphabet durch fortführen, so wird man mir auch zugeben, unendlich viel wäre für Vereinfachung des Rechtes und dessen Sicherstellung gegen anschwellendes Regelwerk gethan, wenn der Gerichtsbrauch, seiner Herrschaft und Gewalt auf würdige und energische Weise sich bewusst werdend, vor allen Dingen alle die Sätze fallen liesse, welche nur die herkömmlichen Amplificationen entbehrlicher gesetzlicher Regel sind, und diese selbst in so enge Gränzen zurück verwies, als die Ueberzeugung erfordert, jede entbehrliche Rechtsregel sei eine schlechthin verwerfliche und schädliche.

Sodann giebt es Rechtsregeln, welche

a) ein logischer Sinn sofort für widersinnig anerkennen muss, andre

b) welche einer an sich richtigen Regel

1400 Preuss. Thaler. Allerdings ist der wahre Werth des Justinianeischen Solidus etwa 5 schwere Gulden; allein diese Abweichung von der historischen Genauigkeit, bei einer an sich willkührlichen und gleichgültigen Summe, kann nicht in Betracht kommen im Widerspruch mit der übereinstimmenden Praxis, und die gleichförmige Anerkennung eines festen Werthes muss als wahrer Gewinn betrachtet werden. Um den Werth des Geschenks zu ermitteln, müssen die oben aufgestellten Regeln über Veräusserung, Bereicherung des Empfängers, und Absicht des Gebers zur Anwendung kommen.

Ist Eigenthum einer andern Sache als Geld Gegenstand der Schenkung, so ist eine gerichtliche Schätzung des Werthes nöthig, um die Anwendbarkeit der Insinuation zu bestimmen. Ist dieses Eigenthum durch fremde Rechte beschränkt, so muss deren Werth in Abzug kommen. Auch wenn das erweisliche Recht des Gebers nicht in wahrem Eigenthum, sondern nur in b. f. possessio besteht, ist eine solche Schätzung vorzunehmen, d. h. es ist zu ermitteln, um welchen Preis die Sache gegenwärtig, mit Rücksicht auf die vorhandene Unsicherheit des Besitzes, verkauft werden könnte." etc.

Es ist unschwer zu ermessen, welche Last von casuistischen Regeln hereinbrechen muss, wenn man diese Regeln z. B. Schätzung des Werthes, um den eine Sache mit Rücksicht auf die vorhandene Unsicherheit des Besitzes könne verkauft werden, in concreten Fällen anwenden will.

die falsche Anwendung geben, indem sie unter dieselbe zu subsumiren gebieten, was seiner Natur nach diese Subsumtion nicht verstattet.

Da die Röm. Juristen von dergleichen Fehlgriffen gesichert waren, so ist eine wirkliche Erkenntniss des Werthes ihrer Praxis von Haus aus überzeugt, dass es eine vergebliche Mühe sein würde, solche Regeln in dem Römischen Rechte zu suchen, dass es nur ein Irrthum sein kann, wenn man auf diese oder jene Weise charakterisirte Regeln für autorisirt durch das Corp. juris hält. Was hindert den Gerichtsbrauch sich solcher Irrthümer abzuthun? Der Einwand, dass darüber noch keine Klagen sind öffentlich laut geworden, auch solche Regeln bisher den guten ungestörten Gang genommen haben, ist keiner. Denn jedenfalls ist es unmöglich, dass es ohne Irrthum minder gut ginge, und sodann erzeugt ja jeder Irrthum deren neue, die falsche Regel anderweite falsche, weil Fälle eintreten, wo ihre Anwendung allzu sichtliches Unrecht schaffen würde. Zwei Beispiele werden obige Positionen anschaulich machen.

Es giebt eine Behörde, vielleicht auch Behörden, welche sich zu der Regel bekennen, bei Klagen aus Geschäften, welche zu ihrer Gültigkeit eine Acceptation auf Seiten dessen voraussetzen, der daraus klagen will, könne die Klage selbst an Stelle der Acceptation treten. Verbindet man nun hiermit den Satz, dass Klagen in der Regel nicht vor 31 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen verjähren, so muss jedem Unbefangenen, der das zum erstenmale hört, ganz unheimlich zu Muthe werden. Denn wer hätte nicht in seinem Leben andern Personen Geschäftsanerbietungen gemacht, die unbeantwortet geblieben wären und demzufolge noch nach 30 Jahren durch eine Klage zu verbindenden werden könnten? Ohne nun hier zu untersuchen, wie lange nach dem Anerbieten die Acceptation auf sich dürfe warten lassen, (m. s. in Bd. 3. der Rechtsfälle die Abhandlung über Pollicitationen) frage ich, ob es nicht begriffswidrig ist, einerseits Klagen nur aus perfect gewordenen Geschäften zu verstatten und andrerseits durch die Klage nachholen zu lassen, was ihr

soll vorhergegangen sein? Das andere Beispiel ist folgendes: es hat eine Behörde den — ich weiss nicht ob jetzt noch beobachteten — gerichtsbräuchlichen Satz angenommen: wenn während der Sendung diejenigen Waaren verloren gehn, welche der Adressat der Gattung und Qualität nach bei dem Absender zu einem im Voraus bestimmten oder von dem Absender zu facturirenden Preise bestellt hat, so ist der Adressat denselben zu bezahlen schuldig, obschon er keine Waaren erhält, weil sie während der Sendung ohne Schuld des Absenders sind verloren gegangen. Dieser Satz trägt die vollkommen richtige Behauptung: emtor fert periculum, auf einen Lieferungsvertrag über, den er für einen Kauf ansieht, obschon Bestimmung nach Genus und Quantität noch kein Kaufobject herstellt, sondern dazu ein speciell bezeichneter Gegenstand erfordert wird, wenn gleich auch v. S. — weiter unten werde ich darauf zurückkommen — an einen generischen Kauf glaubt. Um so weniger ist übrigens das emtor fert periculum auf den Besteller einer Lieferung überzutragen, als gegen die Rationalität dieses Bestandtheiles der Röm. Praxis sich Zweifel auch schon dann erheben lassen, wenn man diese Verbindlichkeit streng auf den Käufer beschränkt, indem allem Anscheine nach hier die Römer nicht von innern Gründen, sondern äusseren rechtshistorischen Momenten sind geleitet worden. Dass gar häufig von unserm Gerichtsbrauche auf ein Geschäft ein Rechtssatz, der mit jenem in keinem Zusammenhange steht, blos um deswillen bezogen wird, weil man das Geschäft in einer unrichtigen Bedeutung auffasst, das hat einen sehr nahe liegenden Grund. Nicht nur kann von keinem Gesetze oder literarischem Wissen die Befähigung garantirt werden, die Rechtsgeschäfte treffend aufzufassen und jedes unter die richtige Categorie zu stellen, sondern es steht der Ausbildung dieser, ich möchte sagen, Kunstfertigkeit die Art und Weise unsers dogmatischen Wissens entgegen, das die Rechtsinstitute nicht als etwas an sich, durch seine Wesenheit unabänderlich gegebenes ansieht, und die Frage nach den damit zusammenhängenden Rechts-

regeln zu einer secundären macht, sondern aus den Rechtsregeln die Rechtsinstitute sich construiren will. Unsre demnach der Röm. Praxis hierin allerdings nachstehende*), kann unter solchen Umständen jene Ausbildung nicht in sich selbst finden. Selbst die ungewöhnlichste, bei Niemandem vorauszusetzende Schärfe des Geistes vermag nicht hierin etwas den Römern vollkommen Vergleichbares zu leisten, wenn sie nicht bei den Römern in die Schule geht, durch Studium der Pandecten sich für die Praxis jene formale Bildung aneignet, die überhaupt das Studium des Alterthums allen Richtungen der Intelligenz sichert. Dieses einzige Moment reicht aus die unzerstörbare Wichtigkeit evident zu machen, welche das Röm. Recht noch jetzt für uns hat und bis zu dem Tage haben wird, wo wir uns durch Studium desselben zu dem gleich schnellen Blick und sicherem Tacte werden herangebildet haben, was schon um deswillen nie ganz der Fall sein wird, weil unseren Gerichtsbehörden die Rechtsinstitute nicht so anschaulich in den concreten Erscheinungen werden können, als es der Fall bei dem volksmässigern Gerichtsverfahren der Römer war. Solche vereinzelte Vorschriften, deren jede, sorgsam angewendet, um ein Bedeutendes die Masse unsers juristischen Regelwerkes vermindern würde, liessen sich noch eine Menge geben. Jedoch die Wirkungen aller, so viele man nur immer vereinzelt aufstellen könnte, werden erreicht sein und die radicale Hülfe gewährt, sobald man von der Ueberzeugung ausgeht, dass in jedem Falle, wo der Gerichtsbrauch sich zu einer Regel bekennt, welche einerseits weder in der Particulargesetzgebung noch in dem Corp. juris als ein bereits

*) Ein Beweis dafür ist, dass die meisten Debatten der rechtsprechenden Behörden bei der Frage, unter welche Categorie ein Factum zu stellen sei, eine Zwiespältigkeit darlegen, von der wir keine Spur in der Röm. Casuistik wahrnehmen. Meinungsverschiedenheiten z. B. darüber, ob nach den factischen Vorlagen jemand etwas nur für seinen Mandanten und in dessen Namen oder, dazu durch das Mandat bestimmt, in eignem Namen versprochen habe, können in Fällen vorkommen, über welche Römische Juristen einstimmig vom ersten Augenblicke an gewesen wären.

der Röm. Praxis gegebener positivrechtlicher Satz enthalten, andrerseits von der Art ist, dass man glauben könnte, mit gleichem oder auch noch mehr begründetem Anspruche könnte eine andre Regel in Geltung stehen, die angenommene eine irrige und aus Misverständnisse des Röm. Rechtes erzeugte ist, als dessen Vortrefflichkeit, dem eigentlichen Wesen nach begriffen, sich als darin bestehend darlegt, dass es in jedem concreten Falle, wo nicht besondere historische Momente dem absolut Richtigen ein nur hypothetisch Richtiges untergeschoben haben, grade das und nur das ausgesprochen hat, was aus dem Wesen des Rechtsinstitutes für die concreten in selbigem liegenden Erscheinungen begriffsgemäss eben so mit unabänderlicher Nothwendigkeit folgt, als aus einem zur Anschauung gekommenen Lehrsatze der Mathematik alle dessen Consectarien. Wer dies Kennzeichen einer falschen Rechtsregel gelten lässt, der ist auch überzeugt, dass in dem nämlichen Röm. Rechte, welches das Verschulden der Vorfahren und Zeitgenossen, weniger in Gestalt des Gerichtsbrauches als der Literatur, zur Quelle des Uebels gemacht hat, auch das durchgreifende Heilungsmittel gegeben sei. Denn in jedem Falle, wo wir eine Rechtsregel um der Herkömmlichkeit willen festhalten, ohne mit innerster Selbstüberzeugung an sie glauben zu können, lässt in dem Röm. Rechte sich diejenige entdecken, der zu ihrem innern, keinem Widerspruche unterliegenden Werthe nichts fehlt als Beseitigung der Herkömmlichkeit, auf welche ihre Gegnerin sich stützt. So z. B. lehrt die Literatur und befolgt die Praxis den Grundsatz, dem Abwesenden sei der negotiorum gestor zur exactissima diligentia gehalten. Man sieht ohne weiteres, dass die Regel eben so gut und noch besser könnte also gestellt werden: wer sich nach einseitigem Willen der Führung fremder Geschäfte unterzieht, ist verantwortlich für jede Verabsäumung, durch welche seine Mühwaltung schädlich anstatt nützlich geworden ist. Denn wenn es des negotiorum gestor gutem freiem Willen beliebt diesseits der exactissima diligentia stehn zu bleiben, so sieht man nicht ein, warum der gute Wille,

wo er sich einmal findet, bis zu seinem maximum müsste gesteigert werden. Für jene Regel lässt sich kein überzeugender innerer, nur der äussere Grund angeben, dass sie in Stellen des Pandectenrechtes stehen soll. Die angenommene andre Regel verstattet keinen Einwand, sobald man nur das berücksichtiget, was zweckmässig und angemessen ist. Denn als zweckmässig erscheint es und als angemessen, einerseits Niemandem zu verstatten durch guten Willen einem andern schädlich zu werden, andrerseits aber auch Niemanden zu nöthigen, dass er mehr guten Willen exhibire, als ihm eben beiwohnt. Nur von dieser einfachen Wahrheit braucht man überzeugt zu sein, um zu der weiteren Ueberzeugung vorzudringen — m. s. mein Pandectenrecht Bd. 1. S. 364. flgde. — das Röm. Recht enthalte sich jener Verstattung und dieser Nöthigung. Der Mühe weitere Erläuterungen durch Beispiele zu geben kann ich mich überheben. Die meisten Abhandlungen in meinen Rechtsfällen können dazu dienen; denn fast alle stehen, so wie der grösste Theil dessen, was meine übrigen juristischen Schriften enthalten, in entschiedener Opposition zu Regeln, die Literatur und Gerichtsbrauch anerkennen. Wie ich nun überzeugt bin, dass die von mir aufgestellten, nicht selten nur auf Vernichtung einer üblichen hinauslaufenden Regeln überall zu grosser theoretischer Vereinfachung des objectiven Rechtes führen, so werde ich auch nie die Ueberzeugung aufgeben, dass wo meine Ansichten über ihre Conformität zu den der Röm. Juristen Zweifel lassen, dies nur an der Mangelhaftigkeit der Deductionen liegt, dass die Römische Jurisprudenz, wenn ihr, wie ich im Gefühle meiner subjectiven Schwäche gar nicht bestreiten mag, wirklich andre Ansichten eigen waren, sich zu noch einfacheren, zu noch mehr natur- und sachgemässen bekannt hat, welche zu entdecken eine kenntnissreichere und scharfsinnigere Behandlung des Textes wohl im Stande sein würden, die ich jedoch Niemandem zugestehe, der, vornehm auf die Praxis herniedersehend, seine Unkenntniss derselben verräth, somit aber sich desjenigen Organes beraubt zeigt, das zu Ver-

ständniss der Pandecten eben so unentbehrlich ist, als die Kenntniss der Sprache und der Rechtsalterthümer.

Dass die Verworrenheit unsers Rechtszustandes beseitiget, Einfachheit an deren Stelle trete, ist ein gerechter Wunsch; die Praxis und zwar nur die Praxis ist ihn zu erfüllen im Stande, darum aber auch einzig und allein die Praxis berufen jene Einfachheit herzustellen; fähig ist sie der Grösse dieses Berufes zu entsprechen, sobald sie sich ihrer Macht und der Erfordernisse nicht plötzlich, wie durch einen Zauber, wohl aber mit unfehlbarer Sicherheit zum Ziele führenden stetigen Verfahrens klar bewusst werden will.

IV.

Verschiedener Rechtsmaterien Erörterung in Hinsicht auf v. S.'s System des heutigen Röm. Rechtes.

A.

Das Zurückwirken der Resolutivbedingung, insonderheit bei Contracten.

§. 1.

Allgemeine Bemerkungen.

Die modernerfundenen Kunstausdrücke conditio suspensiva und resolutiva haben die gute Eigenschaft, dass jeder, der die lateinischen Worte sich in die deutschen aufschiebende, auflösende Bedingung zu übersetzen vermag, sofort wissen kann, was damit soll bezeichnet sein. Denn auch der Nichtjurist begreift, unter einer Resolutivbedingung habe er verkauft, wenn er z. B. für den Fall, seine Verheirathung erfolgte im Laufe des nächsten Jahres, ausgemacht hat, dann solle der Kauf für null und nichtig angesehen werden, hingegen unter einer Suspensivbedingung sei verkauft, wenn er ausgesprochen hat, für 1000 Thlr. wolle er seine Ländereien dem Titius käuflich überlassen, wenn seine, des Verkäufers, Etablirung als Kaufmann im nächsten Jahre erfolgen sollte. Noch mehr: nicht nur was eine conditio suspensiva oder resolutiva sei muss dem Nichtjuristen einleuchten, sondern es wird auch gar nicht schwer halten, ihm in mehrfacher Hinsicht anschaulich zu machen

zu welchen streitigen Behauptungen ein resolutiv oder suspensiv bedingtes Geschäft Anlass geben kann und wonach alsdann der Richter das Urtheil werde zu motiviren haben. Insonderheit wird man ihm folgende Sätze nicht nur dociren sondern auch demonstriren können:

1) Es ist möglich, dass die Worte des Geschäftes — ein Kauf mag als Beispiel dienen — es ungewiss lassen, ob unter einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung verkauft sei. Man nehme z. B. die Worte: mein Haus ist und bleibt dir verkauft, wenn binnen Jahresfrist niemand mir annehmlichere Kaufsbedingungen bietet. Hat hier der Käufer von heute an die Rechte eines Käufers und verliert sie, wenn ein andrer vortheilhaftere Bedingungen bietender Käufer sich findet, oder ist er Käufer erst nachdem das Jahr abgelaufen, ohne dass ein andrer Käufer bessere Bedingungen geboten hat?

2) Solchenfalls wird die Entscheidung von dem Sinne abhängen, welchen die Contrahenten gegenseitig mit dem zweideutigen Worte verbunden haben und also zu erörtern sein, ob sie sub conditione suspensiva oder resolutiva contrahiren wollten.

Dass ich hiervon den Nichtjuristen würde überzeugen können, belege ich dem Juristen, vorausgesetzt, er weiss, wass er sich unter Röm. jus gentium zu denken hat, mit l. 2. pr. de in diem addictione. (18. 2.) Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis.

3) Angenommen, es ist von Haus aus nicht zweifelhaft gewesen oder es ist von dem Richter entschieden worden, keine Resolutiv- sondern eine Suspensivbedingung sei verabredet worden, alsdann schliesst diese Gewissheit noch nicht so schlechterdings die anderweite

Ungewissheit aus, ob die erfüllte Suspensivbedingung retrotractiv wirken solle oder nicht, d. h. ob, wenn sie sich erfüllt, der Kauf als ein in dem Augenblicke ihrer Erfüllung unbedingt abgeschlossener oder ob er so angesehen werden solle, als wäre er bereits zur Zeit des bedingten Abschlusses unbedingt abgeschlossen gewesen. Man begreift wie, je nachdem die Contrahenten diesen oder jenen Sinn mit der Suspensivbedingung verbanden, auch der Contrahenten Rechte und Verbindlichkeiten sich ganz verschieden gestalten. So z. B. erhält, wenn die Bedingung retrotractiv wirkt, der Käufer alle von dem erkauften Grundstücke in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen und solchenfalls muss auch bis die deficiens conditio entschieden vorliegt, der Verkäufer auf die Möglichkeit gefasst sein, dass er, der noch zur Zeit sein Eigenthum verwaltet, eines Tages so könne angesehen werden, als habe er fremdes Eigenthum verwaltet. Desgleichen werden durch die retrotractive Wirkung Verwickelungen in Verhältniss zu dritten Personen möglich, denen der Verkäufer sachliches oder persönliches, auf die Sache sich beziehendes, Recht in der Zwischenzeit eingeräumt hat.

4) Jede hier in die Entscheidung eingreifende Gesetzgebung würde eine Thorheit sein. Denn thöricht ist es ein Gesetz zu geben, wo die Natur der Sache ausreicht in ihr die Norm der Entscheidung zu entdecken. Es bringt aber bei Verträgen die Natur der Sache es mit sich

a) dass, wenn die Worte des Contractes unzweifelhaft erklären, die conditio adimpleta solle retrotractive Wirkung haben, man sie ihnen nicht entziehen darf. Denn der Wille der Contrahenten ist die summa lex contractus und vollkommen unzweideutige Worte schliessen die quaestionem voluntatis aus.*)

*) Es versteht sich, dass der gesunde Menschenverstand der Römer nichts anderes sanctionirt hat. Die Verehrung gar mancher heutiger Verehrer des Röm. Rechtes ist von der Art, dass man ihm dies beweisen muss. Darum sei citirt l. 64. de V. O. (45. 1.) Hujusmodi stipulatio interposita est: si Titius Consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes? post

b) dass, wenn des Contractes verba ambigua die retrotractive Wirkung einerseits nicht ausschliessen, andrerseits aber auch nicht erklären, dass sie Platz ergreifen solle, der Käufer beweisen muss, retrotractiv zu wirken sei bei Eingehung des Contractes die conditio suspensiva bestimmt worden. Dies liegt in der Natur der Sache. Denn alle Wirkungen eines Geschäftes datiren von dessen Perfectwerden und das bedingt eingegangene Geschäft ist nicht eher perfect, als da wo die Erfüllung der Bedingung eintrat. Also liegt in der Suspensivbedingung an und für sich selbst nicht die Bestimmung retrotractiv zu wirken. Somit aber wird der Käufer, wenn er um nichts weniger behauptet, retrotractiv habe der Kauf wirken sollen, diese der eben motivirten Annahme des Gegentheils widersprechende Behauptung beweisen müssen, wozu noch kommt, dass im Zweifelsfalle stets die obligatio in minus nicht in majus anzunehmen ist, und ad majus sich verbindlich macht, wer eventuell von heute an aus einem Kaufe will gehalten sein, in minus hingegen wer ebenfalls eventuell aus demselben will gehalten sein, jedenfalls aber erst von einem späteren Zeitpunkte an.

Noch weit mehr als die eben aufgestellten Sätze würde man aus dem Nichtjuristen herauscatechisiren können; indess bleiben wir bei ihnen stehen. Der Gesetzgeber, welcher hiervon divergirende Sätze zu geltendem Recht stempelte, würde sich gegen die Natur der Sache versündigen. Da kein Röm. Gesetz einer solchen Versündigung sich schuldig gemacht hat, so ist bei der Rationalität der Röm. Praxis präsumtiv gewiss, dass eine

triennium conditio extitit; an hujus temporis nomine agi possit, non immerito dubitabitur. Respondit, eam stipulationem utilem esse, ita ut in ea eorum quoque annorum, qui ante impletam conditionem intercesserint, praestatio in id tempus collata intelligatur, ut sententia ejus sit talis: tunc, quum Titius Consul factus fuerit, in annos singulos, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur.

l. 126. pr. eod. Si ita stipulatus fuero: si Titius Consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes? post triennium conditione existente trigiuta peti poterunt.

juristische Autorität, die sich zu andern Sätzen bekennt und sich bemüht ihr Bekenntniss mit Stellen der Pandecten zu belegen, diese misverstanden hat, wogegen den Sprachkundigen die genaue Betrachtung der Stellen geschützt hätte. Wären aber die Aussprüche jener Autorität den Quellen conform, so hätten nicht blos die Belegstellen citirt sondern es hätte auch nachgewiesen werden sollen, wie und warum was keine allgemeingültige juristische Wahrheit ist, in Rom unter gegebenen besondern Umständen es gewesen sei, welcher Nachweis indess jenen Aussprüchen keinen Eingang in foro zu erzwingen vermöchte. Denn um deswillen, weil etwas in den Pandecten steht, ist es noch keinesweges geltendes Recht für uns. Um nichts weniger war die begehrte Demonstration unerlässlich; denn nichtig ist die Literatur des Röm. Privatrechts, wo sie uns nicht dessen pragmatisches Verständniss eröffnet.

Wenden wir uns nun zu v. S.'s die Suspensivbedingung betreffenden Sätzen.

§. 2.

„Wo von conditio ohne nährere Bestimmung geredet wird, da," — Bd. III. S. 149. — „soll zunächst an die suspensive zu denken sein."

Gerechtfertiget soll — m. s. ebdslbst. — diese Behauptung werden, durch die anderweite Behauptung: die Suspensivbedingung komme am häufigsten vor und sei darum die wichtigere. Der Kaufcontract kommt häufiger vor als der Tausch und es mag geschehen, dass man darum den Kauf für wichtiger ansehe als den Tausch. Das giebt aber keinen andern als den Sinn: für die practische Anwendung sei die Kenntniss der Theorie des Kaufes wichtiger als die des Tausches. Wer aber wird um dieser grösseren Wichtigkeit des Kaufes willen einen Kauf präsumiren, wo es ungewiss ist, ob gekauft habe sein sollen oder getauscht? Kein Practiker wird übrigens v. S.'m zugeben, häufiger als die resolutive komme die suspensive Bedingung vor. Vielmehr kommt

am häufigsten erstere, die resolutive, und zwar in Gestalt der lex commissoria vor. Wahr jedoch, obschon aus einem ganz anderen Grunde ist es, dass allüberall wo gesagt wird, ein Contract, ein Kauf sei ein bedingter (conditionalis emtio) eben dadurch von demselben prädicirt findet — m. s. l. 2. pr. cit. — er sei sub conditione suspensiva geschlossen. Dies bringen die Worte „bedingter Contract" mit sich. Denn ein Geschäft ist etwas positives nicht etwas negatives, und also überall, wo wir von einem bedingten Geschäfte hören oder lesen, die Rede von etwas das unter einer gewissen Voraussetzung existirt, nicht von etwas, das unter einer gewissen Voraussetzung nicht existirt oder aufgelöst sein soll.

§. 3.

Bestätigungen der Annahme, dass in der Regel die Römer die conditio nur da haben retrotractiv wirken lassen, wo das Geschäft ihr die retrotractive Wirkung ausdrücklich beilegte.

Nachdem v. S. ganz in Conformität zu der S. 151. not. b. citirten Schrift des Hr. Dr. W. Sell über bedingte Traditionen (Zürich 1839.) den Sinn der für niemanden einer Erklärung bedürfenden Worte*) conditio pendens, deficiens, expleta oder impleta in der unten zu lesenden

) „Das unter einer suspensiven Bedingung stehende Rechtsverhältniss kann in drei verschiedenen Zuständen gedacht werden. Zunächst in dem Zustand der Unentschiedenheit, der aus dem Wesen der Bedingung hervorgeht (pendet conditio). Hier ist ein Recht noch gar nicht) vorhanden, und es ist nur das künftige Dasein desselben von der Willkühr der Betheiligten mehr oder weniger unabhängig gemacht. Dieser Zustand kann sich in Gewissheit verwandeln auf zweierlei entgegengesetzte Weise. Erstlich indem das Ereigniss wirklich eintritt (erfüllte Bedingung, impleta oder expleta conditio), wodurch das Rechtsverhältniss völlig zu Stande kommt, wie wenn es ohne Bedingung gewesen wäre. Zweitens indem umgekehrt gewiss wird, dass das Ereigniss nicht eintritt (vereitelte Bedingung, deficit conditio) wodurch nun die Erwartung eines Rechtsverhältnisses spurlos verschwindet."

*) Weiter unten werden wir sehen, ob das so durchaus wahr ist.

Maasse noch fasslicher zu machen gesucht hat, spricht er aus; dass „mit Eintritt der Bedingung, das Geschäft **völlig so** zu Stande komme, **wie wenn es ohne Bedingung gewesen wäre.**“ Jedermann versteht das also: hat Titius verkauft, „daferne er auswandern sollte,“ so wird, wenn er auswandert, der Contract so angesehen, als wären die Worte „daferne er auswandern sollte,“ nicht hinzugesetzt gewesen. Denn nur dann ist das Geschäft **völlig so** zu Stande gekommen, wie wenn es ohne Bedingung gewesen wäre. Obschon, wie wir weiter unten sehen werden, und hier im Voraus mag bemerkt sein, v. S. dies **meint**, will er dennoch nicht das hier schon sagen, sondern nur **soviel**: von da an wo die conditio erfüllt ist, ist auch das Geschäft perfect und von **weiter hinaus sich erstreckender** Wirkung der conditio keine Rede. Da er aber hier l. 26 de condit. inst. (28. 7.)*) citirt, so ist dagegen mancherlei zu erinnern. Erstlich verrückt es in dem Lernenden alle richtigen Ansichten von den Pandecten, wenn man mit Gesetzstellen belegt, was gar nicht anders sein kann. Man versetzt ihn alsdann in die verderbliche Meinung, dieser oder jener Satz sei wahr, weil er in den Pandecten steht, statt dass dahin sollte gearbeitet werden, die Ueberzeugung zu erwecken, was wahr sei, das stehe vorauszusetzender Weise auch in den Pandecten. Alsdann ist aber auch die Stelle gar keine solche, die allgemeine Sätze über die Wirkungen der conditio suspensiva aussprechen wollte oder auch nur indirect erkennen liesse. Denn v. S. selbst erkennt S. 153. an, dass bei Erbeinsetzungen, wo die Regel nemo pro parte testatus etc. eintritt, nur **deswillen** die conditio suspensiva retroactiv wirke, nicht aber auch bei **Legaten**, als bei welchen die in der Zwischenzeit gewonnenen Früchte dem Erben verbleiben. Der Grund hiervon ist der, dass das legatum sub conditione nothwendig auch ein ex die

*) Si pupillus sub conditione heres institutus fuerit, conditioni etiam sine tutoris auctoritate parere potest. Idemque est, et si legatum ei sub conditione relictum fuerit, quia conditione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit.

incerto hinterlassenes ist. Denn einerlei der Sprache nach ist es, nur eine Verschiedenheit des Ausdruckes, ich mag sagen: cum oder si navis ex Asia redierit. M. s. l. 22. pr. quando dies etc. (36. 2.) zwar sagt v. S. unter Bezugnahme auf dieses Gesetz: man habe angenommen, dass der Testator die Zeitbestimmung zugleich als Bedingung gedacht habe. Allein die unzweideutige Wirklichkeit schloss die Möglichkeit jeder Annahme aus. Wenn nun bei den Legaten, wo der besondere Grund des nemo pro parte testatus etc. hinwegfiel, auch die retrotractive Wirkung in Hinsicht auf die in der Zwischenzeit gewonnenen Früchte hinwegfiel, so ist es, bis ein besonderer Grund der Verschiedenheit nachgewiesen ist, consequent, das nämliche auch hinsichtlich des Kaufes gelten zu lassen *).

Die grösste Bestätigung dafür, dass die Römer bei Verträgen die conditio nur unter der Voraussetzung konnten retrotractiv wirken lassen, dass ihr der Vertrag selbst die retrotractive Wirkung beilegte, giebt die in Verbin-

*) Dass bei legatis conditionatis in der Zwischenzeit vorgefallene Veräusserungen (z. B. in Gestalt constituirter Servituten) nach Eintritt der Erfüllung sofort aufgehoben sind, das macht auch v. S. nicht geltend als Beweis dafür, dass das nemliche bei der emtio conditionalis gelte. Ich bemerke, dass bei dieser es dessen nicht bedurfte, weil jedenfalls, der Kauf mochte zu Eingang oder zu Ausgang des Jahres perfect geworden sein, das Eigenthum an der Sache, das freie Eigenthum musste gewährt werden, entweder in natura oder in Gestalt des i. q. interest. Ob v. S. anschaulich gemacht hat, wie die Römer dazu gelangten, was der Erbe in der Zwischenzeit gültig gethan hatte, conditione legati adimpleta ungültig werden zu lassen, bleibe dahingestellt. Man lese was er S. 153. in not. g. sagt. Erst citirt er: l. 11. §. 1. quemadm. serv. (8. 4.) l. 105. de cond. (35. 1.) l. 3. §. 3. C. comm. de leg. (6. 43.), Dann liest man in jener Note weiter das Folgende: „Die Proculejaner nahmen an, die per vindicationem legirte Sache sei einstweilen herrenlos, die Sabinianer sahen den Erben als Eigenthümer an, so lange die Erfüllung nicht eingetreten war. Gajus II. §. 200. Justinian hat die Sabinianische Meinung (für alle Legate) anerkannt und nur unter dieser Voraussetzung hat auch der im Text aufgestellte Satz Sinn. l. 66. de rei vind. (6. 1.) l. 12. §. 5. de usufr. (7. 1.) l. 12. §. 2. fam. herc. (10. 2.) l. 29. §. 1. qui et a quib. manum. (40. 9.) und mehrere andere Stellen“

dung mit l. 25. cit. bei v. S. citirte l. 213. de V. S. (50. 16.) welche in dem prooemium sagt:

Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit, et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit, ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione.

Gab vor Eintritt der Bedingung der Contract kein Recht zu klagen und auch gar kein andres Recht, so fragt es sich: wie sollen die Römer dazu gekommen sein, dem Eintritte der Bedingung, einem facto, das Wirkung überhaupt nur darum hatte, weil sie ihm der Vertrag beilegte, Wirkungen in einer Richtung hin zu geben, in der sie ihm der Vertrag nicht beilegte?

§. 4.

Womit beweist v. S. die von ihm im „Allgemeinen" und also insonderheit auch bei Verträgen angenommenen retrotractiven Wirkungen der conditio?*)

Die S. 151. unter b. zu lesende Note soll den Beweis enthalten. Hier verweist v. S. erst auf Sell, mit dem ich mich nicht zu befassen habe, da jedenfalls v. S. nicht zu der Classe von Juristen gehört, die von Autoritäten können irre geleitet werden. Dann wird in eben dieser Note — weiter etwas enthält sie überhaupt nicht — an unterschiedenen Stellen nachgewiesen, dass man die vim retrotractivam der conditio also ausdrücken könne: retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem; was gar nichts beweist; denn des sprachgemässen Aus-

*) S. 150. u. 151. „Die erfüllte Bedingung also begründet das Rechtsverhältniss grade so, wie wenn es unbedingt gewesen wäre, und für die künftige Zeit ist diese Wirkung unzweifelhaft. Er fragt sich aber, ob diese Wirkung auch rückwärts, auf die Zwischenzeit zwischen dem eingegangenen Rechtsgeschäft und der erfüllten Bedingung, zu beziehen ist? Im Allgemeinen kann diese Frage bejaht werden, jedoch sind dabei manche Beschränkungen zu bemerken."

druckes ist der falsche Rechtssatz nicht minder fähig als der wahre. Wenn aber hier v. S. selbst bemerkt, in dieser Verbindung komme das retrotrahi nicht vor, er aber auch keine andere bei den alten Juristen vorkommende Bezeichnung der angenommenen retrotractiven Wirkungen nachzuweisen vermag, so konnte dies die Vermuthung anregen, unbekannt sei denselben gewesen, was zu bezeichnen sie nie ein Bedürfniss empfanden. Ja es ist unter den hier zu Rechtfertigung der Terminologie citirten Stellen l. 7. pr. C. ad Sc. Macedon. (4. 28.)*) von der Art, dass man daraus ersieht, in den Köpfen Röm. Juristen war kein Boden, auf dem die Meinung hätte gedeihen können, eine Willenserklärung könne ihre Wirkungen eben so äussern, als wäre sie früher als an dem Tage abgegeben worden, von dem ihre Abgabe datirte. Denn erst ein Gesetz Justinians — m. s. l. cit. — schuf bei der väterlichen Ratihabition der Geschäfte des Sohnes diese Möglichkeit durch ausdrückliche Vorschrift**).

*) Si filius familias citra patris jussionem, vel mandatum, vel voluntatem pecunias creditas acceperit; postea autem pater ratum contractum habuerit, veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandatu filius familias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum, quum testimonium paternum respuere satis iniquum sit. Necesse est enim, patris ratihabitionem vel principali mandato patris, vel consensui non esse absimilem, quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt. Et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt.

**) Oben habe ich gesagt, retrotractiv könne die Bedingung wirken, wenn ihr ausdrücklich die vis retrotractiva beigelegt sei. Ich habe dies gesagt, um allen Anschein blosser Wortklauberei zu vermeiden. Jedoch genau genommen würde auch dann impleta conditione keine Rückwirkung eintreten, wenn ich jemandem alljährliches und von heute an zu berechnendes Sustentationsquantum für den Fall versprochen habe „si Titius erit Consul factus.“ Die Freiheit den Termin, von wo an eine Berechnung anheben soll, beliebig in die Vergangenheit oder in die Zukunft zu setzen, ist kein Grund, der uns bestimmen könnte, zwischen retrotractiver und nicht retrotractiver Wirkung der Verträge zu unterscheiden.

§. 5.

v. S.'s Ansicht der venditionis conditionalis.

Nachdem v. S. im Allgemeinen sich für die retroactive Wirkung mit dem Zusatze erklärt hat, dass dabei manche Beschränkungen vorkämen, fährt er also fort: „Ist eine Sache bedingungsweise tradirt, so bleibt sie einstweilen im Eigenthum des Schuldners, der sie also auch ferner verpfänden oder mit Servituten beschweren kann.“ Wie aber ist es möglich dem Käufer — also titulo emti — sub conditione, d. h. unter einer Suspensivbedingung zu übergeben? Verkaufe ich jemandem eine Sache und übergebe sie ihm titulo emti mit dem Zusatze: die Gültigkeit des Geschäftes solle von der Voraussetzung abhängen, dass ich nächstes Jahr nach Amerika auswandere, so ist beides nur dadurch zu vereinigen, dass das Nichtauswandern im nächsten Jahre als conditio resolutiva angesehen wird und da nun jedes Geschäft so aufgefasst werden muss, wie es die Integrität seines Zusammenhanges und die Verbindung seiner Bestandtheile erfordert, so muss und wird jeder Jurist sich hier für die Annahme der Resolutivbedingung entscheiden, die allerdings, wenn sie eintritt, vernichtend zurückwirkt, während hier es sich davon handelt, inwiefern die eintretende Suspensivbedingung Rechte und Verbindlichkeiten herstellend wirke. Dass die Röm. Juristen es für eine juristische Unmöglichkeit ansahen, titulo emti ante impletam conditionem zu übergeben, das werden wir weiter unten sehen. Habe ich unter einer Suspensivbedingung verkauft, und die Sache nicht titulo emti, sondern precario, Pfandweise, als commodatum oder wie man sonst will dem Abkäufer überlassen, so fällt eine solche Uebergabe von aller Betrachtung des Effectes der Suspensivbedingung bei dem Kaufe aus.

Hierauf fährt v. S. fort: „Sobald aber die Bedingung erfüllt wird, sind alle diese Veräusserungen der Zwischenzeit vernichtet.“

Konnte wohl jemals so etwas der scharfen Betrach-

tungsweise Röm. Juristen in den Sinn kommen? Vor erfüllter Bedingung war der Veräussernde Eigenthümer im unbeschränktesten Sinne des Wortes. Daraus folgt, dass er gültig veräussern kann. Vollzieht er die Veräusserung, so tritt an die Stelle seines Rechtes an der Sache das Realrecht des Mitcontrahenten. Kann nach Eintritt der Bedingung der Verkäufer die Sache nicht oder doch nicht servitutenfrei dem emtori sub conditione gewähren, so hat dieser nur ein persönliches Recht an den Verkäufer. Wie soll dieses persönliche Recht jenes Realrecht vernichten?

v. S. citirt hier l. 8. pr. de peric. et comm. rei venditae. (18. 6.)*). Erstlich sagt die Stelle kein Wort davon, dass existente conditione die in der Zwischenzeit vorgenommenen Veräusserungen ungültig würden und beweist sodann im Allgemeinen nichts für, wohl aber alles gegen die retrotractive Wirkung.

Die Worte: quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum ajunt; idem Pomponius libro nono probat, lassen unbestimmt, von wo an existente conditione der Käufer das periculum zu tragen habe, ob nur ab existente conditione an oder auch schon hinsichtlich der Zwischenzeit. Die erstere Meinung wäre zu trivial; also kann nur die andere ausgesprochen sein, und demnach könnte es in der Ordnung scheinen, also zu räsonniren: vom Per-

*) Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit, nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio. Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio; quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum ajunt; idem Pomponius libro nono probat. Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

fectwerden des Kaufes an trägt der Käufer die Gefahr; da er nun dieselbe, wenn die Bedingung erfüllt ist, auch auf die hinter ihrer Erfüllung zurückliegende Zeit trägt, so muss eben diese Erfüllung rückwirkend, das Perfectwerden zurück zu beziehen sein auf den Augenblick, wo man contrahirte. Allein von einem solchen Räsonnement enthält die Stelle keine Spur, sondern nur die Relation, dass die genannten drei Juristen, denen das Fragment in den Schlussworten (si extet res, licet deterior effecta, potest dici, damnum esse emtoris) beistimmt, das periculum ferre rückwärts datirt haben. Dies mussten sie aber nothwendigerweise eben dann thun, wenn das Perfectwerden und dessen Aeusserungen nur auf die Zeit der impleta conditio bezogen wurden, indem der Normalpunkt für Bestimmung der Qualitäten, in denen die Sache muss gewährt werden, der Moment des Kaufabschlusses ist, woraus denn folgt, dass, weil der Kauf in jeder Beziehung erst mit Eintritt der conditio für perfect geworden angesehen wird, der Abkäufer nicht mit dem Verkäufer über die frühere bessere Qualität der Sache rechten darf*). Der Ausspruch: „quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contractu obligatione in praeteritum,“ sanktionirt keine retrotractive Wirkung, sondern erklärt nur, dass der Käufer nicht selbst brauche die Erfüllung der Bedingung erlebt zu haben, um die eventuellen

*) Daraus folgt denn, dass zwar andrerseits auch das commodum rei, insofern es sich in der Sache selbst darstellt, deren Substanz und Qualität ist verbessert worden, dem Käufer zu Gute geht, allein keine Stelle wird man finden, die dem Käufer das in Früchten und Nutzungen bestehende, in der Zwischenzeit bis zur impleta conditio gewonnene commodum rei zuspräche. Hiernächst versteht sich von selbst, dass der Verkäufer für das von ihm verschuldete Deterioriren wird einstehen müssen, allein auch das nicht um einer retrotractiven Wirkung willen, sondern weil es schändlich und pflichtvergessen wäre, wenn er in der Voraussetzung, die Sache werde nicht sein bleiben, wohl aber fällig an ihn die Zahlung ihres angenommenen Werthes werden, aus den Augen setzen wollte, dass der Käufer hoffen und wünschen müsse, sein Geld nicht weggeworfen zu sehen.

Rechte und Verbindlichkeiten auf die Erben zu transmittiren.

Man nehme ferner die Worte von „quodsi pendente conditione“ an bis zu den Worten „medii temporis venditoris sunt.“ Erstlich sprechen sie aus, dass bei einem bedingten Kaufe die traditio ex titulo emti juristisch betrachtet ein non ens ist. Da der Käufer nicht usucapiren konnte, so hatte er auch gegen den Verkäufer nicht die exceptionem rei venditae und traditae; denn diese und die Usucapion beruhen auf gleichen factischen Prämissen. Dem Verkäufer stand demnach, bis die conditio impleta war, gegen den Käufer die Vindication eben so frei, wie der Käufer das anticipirt gezahlte Kaufgeld condictione indebiti zurückfordern konnte, welchergestalt denn traditio ex titulo emti den Römern bei dem bedingten Verkaufe ein Unding vor erfüllter Bedingung war. Sodann sieht man, dass, wenn die erfüllte Bedingung an sich retrotractiv gewirkt hätte, mit ihrem Eintritte dem Käufer der frühere Besitz als Usucapionsbesitz hätte zu Gute kommen müssen; dagegen aber erklärt sich das Fragment. Weiter sind die Früchte der Zwischenzeit ebenfalls des Verkäufers, was das Fragment ganz allgemein und also auch für den Fall vorschreibt, dass die Bedingung späterhin erfüllt wird.

Endlich betrachte man noch die Worte, nach denen (sicuti stipulationes perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit) wenn am 1sten Januar sub conditione suspensiva contrahirt, am letzten Januar conditio impleta, die Sache aber am 15ten des nämlichen Monates untergegangen ist, der Kauf null und nichtig wird. Hätte die erfüllte Bedingung gewirkt, dass nunmehr der Kauf als am 1sten Januar perfect geworden anzusehen gewesen wäre, so hätte der Käufer um nichts weniger den Kaufpreis zahlen müssen; woraus denn zugleich einleuchtet, wie das vorhergehende emtoris esse periculum ajunt gar sehr cum grano salis und in dem von mir angegebenen Sinne zu verstehen sei.

Nach alle dem ist es eine weder in sich, durch die Natur des Verhältnisses, noch äusserlich, durch Stellen

des Röm. Rechtes, zu rechtfertigende Behauptung, wenn wir S. 152. unter num. 2. bei v. S. lesen: „Ob die Früchte, welche in der Zwischenzeit gewonnen worden sind, mit der Sache selbst herausgegeben werden müssen, ist streitig; consequenterweise muss im Allgemeinen diese Frage bejaht werden, jedoch mit steter Rücksicht auf die wahrscheinliche Absicht in einzelnen Fällen.“ In der Note e. verweist v. S. auf Thibaut civilist. Abhandlungen S. 363. Sell in der bemerkten Schrift und Vangerow's Pandecten I. 116. Namen, von denen aus der Sachen Natur entnommene Ansichten besonders dann nicht widerlegt werden, wenn letzteren die Quellen nicht widersprechen, sondern beistimmen.

Dann fügt v. S. hinzu: „durch den beschränkenden Zusatz, nach dem in jedem einzelnen Falle die wahrscheinliche Absicht in Erwägung zu ziehen sei, verschwände grossentheils die practische Bedeutung der Streitfrage.“ Allein, die vis retrotractiva der Bedingung als Regel angenommen, könnte die Absicht der Contrahenten doch nur eine Ausnahme machen, und zwar blos dann, wenn sie sich erweisen liesse. Der Practiker weiss aber, dass mit einem Beweise der Absicht gegen das anzukämpfen, was ein Contract mit deutlichen Worten und nach herkömmlichen Verständnisse desselben ausspricht, ein missliches, des Erfolges nur selten sicheres Unternehmen ist. Demnach ist es practisch wichtig über das Retrotractive oder Nichtretrotractive der conditio mit sich einig zu sein.

§. 6.

v. S.'s Aussprüche über bedingtes Pfandrecht.

„Eben so“ fährt v. S. fort, nachdem er über die bedingte Uebergabe gesprochen, „wird die Priorität eines gegebenen Pfandrechtes nicht nach der Zeit der Erfüllung sondern des Pfandvertrages bestimmt.“

Vor allen Dingen bemerke ich, dass das Faustpfand von der Betrachtung ausfällt; denn hat jemand eine bewegliche Sache übergeben erhalten, damit eventuell

sie ihm als Faustpfand hafte, so wird es sich von selbst verbieten, dass anderweit die nemliche Sache unbedingt einem andern als Pfand von dem Schuldner übergeben werde. Demnach sind hier blos die Hypotheken in Erwägung zu ziehn.

Ist v. S.'s Behauptung wahr, so wird in der Zwischenzeit der Schuldner andern Gläubigern Hypothek einräumen können, impleta conditione aber wird allen diesen Gläubigern die bedingt constituirte Hypothek vorgehn. Nun unterscheidet aber v. S. nicht zwischen den verschiedenen Formen einer bedingten Hypothek*), und demnach ist es seine Meinung, der Ausspruch sei wahr allüberall wo die conditio hypothecae sich erfüllt, die Form dieser Bedingung sei welche sie wolle. Weiter unten, wo ich zeigen werde, wie die Römer nicht entfernt an etwas gedacht haben, das man rückwirkende Kraft der conditio einer Hypothek nennen könnte, wird das Irrige dieser Meinung sich von selbst darlegen. Zunächst die in Hinsicht auf ein System des **heutigen** Röm. Rechtes nicht unwichtige Bemerkung, dass überall wo Hypothekenbücher oder denselben in den Wirkungen gleichkommende Handelsbücher eingeführt sind — und wo in Deutschland wären diese nicht eingeführt? — jener vermeintliche Satz des Röm. Rechtes ohnehin keine Anwendung verstattet und also ein völlig unpractischer ist. Hat nemlich Titius dem Cajus eine der untenstehend bemerkten Zusagen gegeben und dadurch den Cajus zu der Erwartung berechtiget, dass demselben eintretenden Falles keine

*) **Bedingt** ist Hypothek zugestanden, wenn Titius gegen Cajus eine oder die andere der nachstehenden Erklärungen abgiebt:

1) Wenn wir über die andern Bedingungen eines Darlehns von 1000 Thlr. uns vereinigen, so soll mein Haus zu dessen hypothecarischer Sicherheit dienen.

2) Für die von Cajus im Laufe des verwichenen Jahres erborgten 1000 Thlr. soll demselben, vorausgesetzt, dass meine Tochter sich bis zu Weihnachten verheirathet, Hypothek bestellt sein.

3) 1000 Thlr. und zwar als ein auf meinem Hause haftendes hypothecarisches Capital, bin ich, falls meine Tochter bis Weihnachten sich verheirathet, dem Cajus zu bezahlen schuldig.

Also kann die Hypothek bedingt sein 1) **von** der Hauptschuld, 2) zugleich **mit** dieser, 3) auf eine von derselben **isolirte** Weise.

von einem späteren Tage als der Zusage datirende Hypothek vorgehen werde, so ist sie auch entweder in dem Hypothekenbuche adnotiret oder nicht adnotiret worden. Letzterenfalls ist sie in Hinsicht auf alles, was Hypothek heisst, ein non ens. Findet es sich, dass Titius dem Cajus vorgehende Hypotheken hat constituiren lassen, so kann Cajus wegen Täuschung und Betruges persönliche Klage gegen Titius haben, auf keine Weise aber kann er die aus der Zwischenzeit datirenden Hypotheken aus der ursprünglichen Stelle verdrängen. Ist die Adnotation erfolgt, so wird kein Amtmann, Gerichtsverwalter oder Stadtschreiber einem Gläubiger, der nicht erklärte dem Cajus nachstehen zu wollen, Hypothek ohne des Cajus Genehmigung constituiren und, auf solche Weise der Unredlichkeit des Titius offenbaren Vorschub thuend, sich selbst vertretungspflichtig machen. Denn es kann die Adnotation im Hypothekenbuche keinen andern Zweck haben, als vor dem Richter zu erklären, man sei einig, es solle vor der Hand keine Hypothek können constituirt werden, die dereinst dem Cajus dürfte nachtheilig werden. Indess mit v. S. nehme ich keine Rücksicht auf das Unpractische des Gegenstandes, stelle aber hier, bei Prüfung der Ansicht v. S.'s die einschlagenden, auch bei diesem citirten Fragmente zum Theil voraus; denn bei einem Rechtsinstitute, das in Röm. und in heutiger Gestaltung so in sich selbst abweicht, wie Röm. und heutiges Hypothekenwesen, ist es bedenklich die ersten Schritte von Betrachtung dessen aus zu thun, was die Natur der Sache in Röm. Gestaltung derselben mit sich brachte. Zu fühlbar ist hier der Mangel nahliegender Anschaulichkeit des Gegenstandes, als dass wir in solchem Falle und in demselben ähnlichen nicht von dem historischen Wissen ausgehen und zunächst müssten dahingestellt sein lassen, ob es möglich sein werde, uns die Rationalität in dessen Resultate zu vergegenwärtigen.

Zuerst ersehen wir aus l. 4. quae res pignori etc. (20. 3.) *),

*) Titius, quum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde, postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam; quaesitum

dass die von der Schuld bedingte Hypothek nach Contrahirung der Schuld nicht denjenigen Hypotheken vorging, welche später als die so bedingten sind constituirt worden. Allein unbefriedigend ist der im Fragmente angegebene Grund, aus welchem hier das retrotrahere ad conventionis diem wegfällt. Titius, der beabsichtigte Geld von Mävius zu borgen, erklärte zugleich, wenn die Schuld wirklich contrahirt würde, dann sollten gewisse Gegenstände zur Hypothek dienen. Das musste Mävius so verstehen, zur Sicherheit solle ihm der volle Werth der Sachen dienen. Gehen ihm nun anderweit in der Zwischenzeit gegebene Hypotheken vor, so sieht man nicht ein, wie Mävius dies sich gefallen zu lassen um deswillen soll gehalten sein, weil dem Titius unbenommen geblieben war, das Darlehn nicht zu nehmen? Folgende Betrachtungen klären hierüber auf: Jener Entscheidungsgrund und also, vorauszusetzender Weise, auch die Entscheidung, würden weggefallen sein, wenn das pecuniam non accipere nicht so durchaus der Willkühr des Titius wäre überlassen geblieben. Nehmen wir nun an: in verbindenden Formen wäre, unter Bezeichnung gewisser als Hypothek zu haften bestimmter Gegenstände, des Titius Zusage erfolgt, gegen einen gewissen, den ebenüblichen übersteigenden Zinsfuss das Geld zu nehmen; alsdann wäre Titius aus dem Geschäfte gehalten. Mävius hätte bereits ein Recht, obschon noch kein eine Klage begründendes Recht gehabt. So gewiss wie es war, dass Mävius von Ostern an alljährlich 50 Thlr. würde bei Titius zu fordern haben, so gewiss war es auch, dass er bei ebendemselben 1000 Thlr. würde zu fordern bekommen. Denn Titius musste die 1000 Thlr. nehmen, wenn er nicht jährlich 50 Thlr. durchs Fenster werfen wollte. Demnach lässt l. 4. cit. sich auf die allgemeinen Sätze zurückführen: sobald ein Verhältniss gegeben ist, das

est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, quum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

unausbleiblich zu einem jus agendi führen muss, lässt sich Hypothek bestellen, nicht aber für ein anderes, das gar kein Rechtsverhältniss ist, weil es noch zur Zeit kein Klagerecht giebt und in des Pfandgebers Willkühr stellt, ob es jemals ein solches geben solle. Solchenfalls existirt, da in einem und demselben Punkte zusammentreffende Willensfreiheit einer- und Berechtigung andrerseits ein Widersinn ist, noch gar kein Recht, und ein non ens lässt sich nicht sicher stellen. Dagegen existirt aber auch weiter ein Rechtsverhältniss, wenn es zwar ungewiss ist, ob jemals ein Anspruch entstehen werde, allein diese Ungewissheit ausser allem Zusammenhange mit dem freien Willen desjenigen steht, dessen Verbindlichkeit in Aussicht gestellt ist. Denn die Constituirung eines Rechtes beruht darauf, dass mein Wille dem Willen eines andern unterworfen ist. Unbedingte Unterwerfung unter den Willen eines andern ist aber auch dann vorhanden, wenn es noch ungewiss ist, ob jener Wille jemals sich Geltung werde verschaffen können. Steht es so, alsdann kann ich für ein bedingtes Recht, dessen conditio, tritt sie je ein, doch erst nach Jahren ein treten kann, dennoch schon von heute an heute bestehende Hypothek geben, sobald nur meiner Willkühr das Eintreten oder Nichteintreten des Rechtes entzogen ist. Es giebt also Cajus, wenn derselbe zu Titius sagt: unter Hypothek meines Hauses verspreche ich dir 1000 Thlr. zu zahlen, wenn deine jetzt vierjährige Tochter den sechsjährigen Sempronius heirathet, keine erst in eventueller Zukunft, alsdann aber auf den gegenwärtigen Augenblick zurückwirkende, sondern eine sofort von diesem Augenblicke an wirksame Hypothek. Sagt er aber: heirathe ich die Sempronia, so bin ich unter Hypothek an meinem Hause dem Lucius 1000 Thlr. zu zahlen schuldig, so hängt die Schuld und also auch die Hypothek von des Cajus Willkühr ab und erst indem er diese Willkühr aufgiebt, die Sempronia heirathet, ist ein Rechtsverhältniss entstanden und erst von da an die Hypothek in der Rangordnung der Gläubiger zu lociren.

Ganz conform diesen Ansichten ist l. 9. §. 1. qui

potiores in pignore, (20. 4.) wenn man damit das pr. verbindet. Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur; idem ante Kalendas Julias*) eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit; consultus, an adversus hunc creditorem**) petentem Erotem, locatorem Praetor tueri deberet, respondit, debere; licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiorem ejus causam habendam. §. 1. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. d. h. ein heute für eine bedingte und also nur eventuelle Schuld gegebenes Pfandrecht an einer Sache geht in der Rangordnung der Gläubiger dem an der nemlichen Sache morgen für eine bereits vorhandene Schuld einem andern Gläubiger bestellten Pfandrechte vor, sobald es nicht in des Pfandgebers Willkühr beruht, die Bedingung eintreten oder nicht eintreten zu lassen, von welcher die Existenz der Schuld abhängt, für die heute Pfandrecht ist gegeben worden.

Das nemliche gilt von l. 11. pr. u. §. 1. Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam, et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.***)

*) Die Kalendae Juliae waren eben die proximae, von denen an die Zahlung des Miethzinses laufen sollte.

**) Für die gegenwärtige Schuld hatte der Gläubiger zum Pfande erhalten, was bereits früher dem Vermiether war für eine künftige Miethzinsschuld verpfändet worden.

***) A. hatte mit B. ausgemacht: wenn ich von dir ein Darlehn erhalte, so ist dir die Sache x. verpfändet; dann borgt er von C. und giebt diesem Hypothek an der Sache x. und nun erhält er von B. ein Darlehn. Hier geht C. dem B. vor, weil A. nicht genöthiget war das Darlehn von B. anzunehmen, der Eintritt dieser Verbindlichkeit ex mutuo von seiner Willkühr abhing.

§. 1. Videamus*), an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum; quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; quod et melius est.

In diesem Fragmente spricht §. 1. sich weniger vollständig aus als §. 1. l. 9. cit. denn er sagt von der conditio im Allgemeinen, was er auf die conditio hätte beschränken sollen, welche deficiren zu lassen nicht von der Willkühr des Hypothekgebers abhängt. Diesen Unterschied zu bemerken, war nicht nöthig; denn wenn wir von einer Bedingung sprechen, verstehn wir darunter in der Regel eine solche, deren Eintritt nicht von eines der Interessenten Willkühr abhängt. Nehmen wir nun noch hinzu §. 2. l. cit. 11.**) so musste um conform dem Röm. Rechte zu sein und um zu lehren was Niemand bezweifeln kann, v. S. statt dessen, was er S. 151. und 152. gesagt hat***), folgendes sagen: W e i l a u c h d a s

*) Hier haben wir wieder den Fall den l. 9. §. 1. cit. behandelte.

**) Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est. Hier war es in des colonus Willkühr gestellt, wieviel oder wenig Sachen er zu Objecten des Pfandrechtes machen wollte.

Die bei v. S. ebenfalls citirte l. 16. §. 7. de pignor. (20. 1.) aliena res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta erit, läuft dem Inhalte von §. 2. cit. parallel. Es hängt von dem Schuldner ab, ob er die Sache erwerben will oder nicht.

***) „Die Priorität eines bedingungsweise gegebenen Pfandrechts wird nicht nach der Zeit der Erfüllung, sondern nach der Zeit des Pfandvertrages, bestimmt. Dieses leidet jedoch eine Ausnahme, wenn die Erfüllung der Bedingung in einer von der Willkühr des Schuldners abhängenden Handlung besteht; und zwar nicht als ob dieses keine wahre Bedingung wäre, welches doch in der That anzunehmen ist, sondern weil der Schuldner, der die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners verhindern kann, auch dauernd wirksame Beschränkungen desselben muss hervorbringen können.“

bedingte Recht ein Recht ist, sobald es ausser der Macht des bedingt Verpflichteten liegt, den Eintritt der Bedingung zu hindern und Hypothek in der Regel für jedes Recht kann bestellt werden, (l. 4. cit.) so ist

1) die für die bedingte Schuld gegebene Hypothek giltig von dem Tage an, wo sie gegeben ward. (l. 11. §. 1. cit.) Jedoch

2) wird die Hypothek erst von dem Tage an giltig, wo die Bedingung der Schuld eintrat, dafern jener Eintritt von des Schuldners Willen abhing. (l. 9. §. 1. cit.) Weiter

3) die bedingt für die unbedingte Schuld gegebene Hypothek wird giltig von da an, wo die Bedingung eintritt. (l. 11. §. 2. cit. u. l. 16. §. 7. cit.)

Meine einen Text v. S.'s zu widerlegen bestimmten Bemerkungen sind viel umfänglicher geworden als der commentirte Text. Bedarf dies einer Entschuldigung, so erwäge man, dass ich gegenüber einer imposanten juristischen Notabilität zu beweisen hatte, dass dieselbe aus Misverständnis der Quellen hier deren einfachen sach- und naturgemässen Sinn verkehrt und zerstört habe.

B.

Der Irrthum hinsichtlich des Stoffes einer verkauften Sache.

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

In der Lehre über die Wirkungen des Irrthums bei Rechtsgeschäften handelt v. S. (Bd. III. S. 277.—308.) unter andern auch über den sogenannten error in substantia und vor allen wähle ich für vorliegenden Zweck diese Materie, weil es in der That ergötzlich ist zu sehen, wie man durch ein Hin- und Herreden über Essig und Wein, Gold und Blei, alte Kleider, Sclavenknaben und Sclavenmädchen fort und fort versucht hat, in Betreff eins der einfachsten

Verhältnisse des täglichen Lebens auf das Reine zu kommen, dabei jedoch nicht wahrgenommen hat, dass dieser Anlauf allzu principlos sein möchte, um ein befriedigendes Resultat zu geben. Hauptsächlich nur in Beziehung auf den Kaufcontract werde ich den sogenannten error in substantia betrachten, denn es findet, wie es die Natur der Sache mit sich bringt, sein Vorkommen meist nur bei Käufen statt und so führt auch v. S.'s allgemeine Betrachtung nur selten von dem Kaufe ab. Haben wir uns bei diesem die etwa mögliche Wirkung jenes Irrthums in concreter Beziehung anschaulich gemacht, so wird es leicht sein die abstracte Ansicht richtig aufzufassen. Das Publicum, dessen Zustimmung ich hier meiner Opposition gegen v. S. wünsche, personificire ich mir in einem gebildeten, der lateinischen Sprache mächtigen und von juristischem Wissen nur damit bekannten Leser, dass es eine actio emti, redhibitoria und quanti minoris giebt, und diese Klagen diejenigen Zwecke verfolgen, die irgend ein allerdürftigstes Institutionencompendium lehrt. Wirkt meine Auseinandersetzung überzeugend auf den Verstand eines solchen Lesers, so werde ich von der Wahrheit meiner Worte überzeugt sein. Vor allen Dingen über die Worte error in c o r p o r e, s u b s t a n t i a, m a t e r i a und q u a l i t a s. Veranlasst zum Theil von den Quellen unterscheiden hier — jedoch nicht so v. S. welcher S. 277. das Ungenaue dieser Unterscheidungen anerkennt — die Lehrbücher meistens also: erkaufe ich aus Titius Keller ein Num. 1. signirtes angefülltes Eimerfass in der Absicht und Meinung Wein zu kaufen und davon kostend bemerke ich, Essig statt Weines erkauft zu haben, so ist meinerseits kein error in corpore vorgefallen, denn der Handel ist geschlossen worden über das in dem Fasse Num. 1. befindliche Liquidum, und ein solches findet sich darin. Jedoch ein error in substantia oder in materia ist vorgefallen, denn W e i n ist eine andere Substanz, ein andrer Stoff (materia) als E s s i g. Hingegen ein Irrthum in qualitate hat Statt gefunden, wenn ich gekauft habe in der Meinung und Absicht ein Fass mit reinem und klarem Rüdesheimer zu erwerben und dann

entdecke ich, zwar kein Essig aber kahniger Rüdesheimer sei in dem Fasse. Dagegen nun ist zu bemerken folgendes: auf der Hand liegt es, dass man auch sagen könnte, in der Substanz habe man sich geirrt, wenn man eine kahnige statt einer reinen Substanz erhalten hat. Der Unterschied von Qualität einer- und Substanz oder Stoff andrerseits ist ein rein relativer und hängt von der grösseren und minderen Allgemeinheit ab, in der ich das Wort Substanz auffasse. Setze ich als Substanz Flüssigkeit, so sind Wein, Essig und Wasser nur verschiedene Qualitäten der nemlichen Substanz, Wein als Substanz gesetzt, sind Essig und Bier verschiedene Substanzen, Rüdesheimer und Markebrunner verschiedene Qualitäten, und letzteren als Substanz genommen ist eilfer Markebrunner eine andre Qualität als drei und dreissiger. Die Literatur, welche sich hin und wieder so weit verirrt hat in Betrachtung des error in substantia die Casuistik „si virginem emere putarem, cum esset jam mulier" einzumengen ist sich nicht bewusst geworden, dass man um richtig zu fragen und nicht schon bei der Frage sich in Distinctionen zu verwirren, die keine sind, die Frage ganz allgemein so stellen muss: welche rechtliche Folgen knüpfen sich an einen Kauf, wenn nach dem Abschlusse sich findet, von der Sache lasse sich nicht oder nicht durchaus prädiciren, was sich von ihr nach des Käufers Erwartungen sollte prädiciren lassen?

§. 2.

Concrete zur Ermittelung der allgemeinsten Ansicht leitenden Fälle.

1) Der Pferdehändler Cajus verpflichtet sich, dass Titius zwei Pferde von gewissen erforderten Qualitäten gegen 300 Thlr. Zahlung von ihm erhalten soll. Eine nähere Bezeichnung der zugesagten Pferde hat nicht Statt gefunden. Hier ist ein Irrthum, der auf die Gültigkeit des Geschäftes Einfluss haben könnte, völlig undenkbar. Cajus bleibt verpflichtet, bis er dem Titius zwei Pferde bringt, in welchen dieser die gewünschte Qualität als

vorhanden auf verbindende Weise entweder anerkennt oder anzuerkennen für schuldig erklärt wird. Also bei dem Lieferungsvertrage — denn ein solcher und kein Kauf ist das bemerkte Geschäft — fällt die Frage nach dem Irrthum hinsichtlich der Qualität der Sache völlig aus*). Dies erwähne ich nur, weil ich bei v. S. auf S. 274. Folgendes lese: „der Gegenstand des Rechtsverhältnisses, auf welchen sich der Irrthum bezieht, kann ferner eine nur nach Gattung und Quantität bestimmte Sache sein. Betrifft hier der Irrthum die Gattung selbst, so ist der Fall dem error in corpore völlig gleich; z. B. wenn bei einem generischen Kaufcontracte der Verkäufer an Roggen, der Käufer an Waitzen denkt.“ Dass es keinen generischen Kaufcontract, keinen Kauf giebt, der das Object blos nach Quantität und Qualität bezeichnete, nicht auch ein specielles Corpus, in dem die gewünschte Quantität und Qualität sich vereinigen sollen, davon überzeugen die Worte in l. 8. pr. de per. et com. r. v. (18. 6.)

*) v. S. leitet S. 277. seine Doctrin mit folgenden, zum Theil befremdenden, Worten ein: „Unsre Aufgabe besteht also darin, die einzelnen Fälle aufzusuchen, in welchen der Irrthum über Eigenschaften einer Sache dem error in corpore gleich wirkt, und diese Fälle wo möglich auf eine gemeinsame Regel zurückzuführen. Bei diesem Unternehmen werden wir uns weniger an abstracte Begriffe halten dürfen, als an die im wirklichen Verkehr herrschenden Ansichten und Gewohnheiten, wodurch denn die ganze Untersuchung eine nicht streng juristische Richtung erhält.“

Mit der Erklärung: man dürfe sich hier nicht an abstracte Begriffe halten, meint er, man würde Unrecht haben, die Röm. Casuistik auf gleichartige Fälle in der Maasse zurückzuführen, dass man z. B. — S. 282. — den Irrthum in sexu, insoweit ihn jene Casuistik als einen wesentlichen bei dem Kaufe von Sclaven und Sclavinnen angesehn, um deswillen auch bei Pferden für einen wesentlichen ansähe. Nicht aber begreife ich, welche Ansicht der Jurisprudenz, der wissenschaftlichen Jurisprudenz, es für zweifelhaft halten könne, ob es möglich sein werde, für Fälle, die nach einer gemeinsamen Regel müssen entschieden werden, diese Regel zu entdecken. Auch fasse ich nicht, wie die ganze eine Rechtsregel festzustellen bestimmte Untersuchung, wenn sie eine nicht streng juristische Richtung nimmt, eine andre als falsche wählen könne. Die richtige ist überall möglich; denn überall kann man aus dem Wesen des Geschäftes demselben entsprechende Regeln ableiten.

nach denen die perfecta emtio voraussetzt, nicht nur dass gewiss sei, quale et quantum, sondern auch quid solle verkauft sein. Nie hat die Röm. Praxis den Lieferungsvertrag unter den Kauf gezogen, was schon um deswillen unmöglich war, weil bei dem Kaufe der Grundsatz gilt: in der Zwischenzeit von Abschluss bis zur Uebergabe trägt der Käufer das periculum. Unanwendbar auf den Lieferungsvertrag ist dieser Grundsatz, da hier bis zur Ablieferung sich gar kein Gegenstand findet, von dem man mit mehr Recht als von irgend einem andern sagen könnte, seine Werthsverminderung müsse dem Abnehmer zur Last gehn.

2) Titius lässt sich von dem Cajus Pferde vorführen, eines derselben behandelt und nimmt er gegen Zahlung des Preises an sich.

Hier liegt ein Kauf vor und es ist ein Irrthum in rei qualitate möglich, allein kein Irrthum, welcher der Contrahenten Verhältniss eine eigenthümliche Gestaltung gäbe.

Glaubt Titius, das Pferd werde nicht stetisch sein und dann findet er, es sei stetisch, so wird Cajus ihm dafür müssen gerecht werden, nicht um deswillen weil Titius sich geirrt hat, sondern weil das Gesetz dem Verkäufer eines Pferdes die Verbindlichkeit auferlegt, diesen Fehler dem Käufer anzuzeigen und hat er dies unterlassen, dafür einzustehn.

Glaubt Titius, das Pferd sei ein sechsjähriges, und es findet sich, dasselbe sei ein neunjähriges, so geht dies dem Cajus nichts an, denn kein Gesetz verpflichtet ihn, für das jüngere Alter des Pferdes einzustehn. Nur dann trifft ihn diese Obliegenheit, wenn er das Thier für ein sechsjähriges ausgegeben hat. Sie trifft ihn aber nicht weil Titius sich geirrt, sondern in Folge der durch die Zusage übernommenen Garantie.

Cajus kann sich irren, indem er selbst die stetische Natur des Pferdes nicht kennt, oder aus wirklicher Ueberzeugung dasselbe für ein sechsjähriges ausgiebt. Hier nun steht aber gesetzlich fest, dass der Käufer der die Sache nicht in derjenigen Qualität erhält, die das Gesetz oder des Verkäufers besondere Zusage ihm garan-

tirt, ohne Unterschied ob der Verkäufer bona oder mala fide verfahren, die Wahl hat gegen Rückgabe der Sache den Preis zurückzufordern oder in Verhältniss der fehlenden Qualität Minderung des Preises zu fordern, actionem redhibitoriam oder quanti minoris anzustellen.

Insoweit fällt also hier auch auf des Verkäufers Seite jede Wirkung des Irrthums aus.

Es fragt sich aber, ob alles mit der actio redhibitoria und quanti minoris so unbedingt abgemacht sei, ob nicht von dem Verkäufer, der nicht irrte, der Käufer noch ausserdem Entschädigung fordern darf, wenn letzterer durch die mangelhafte Qualität der Sache Schaden gelitten hat*).

Hier ist zu unterscheiden:

a) zwischen fehlerhaften Eigenschaften der Sache, welche der Verkäufer dem Käufer bekannt zu machen gesetzlich verbunden ist, demohngeachtet aber verschwiegen hat; und

b) guten Eigenschaften derselben, die ihr der Verkäufer beilegt, sie aber nicht hat. In erster Hinsicht wirkt der Irrthum des Verkäufers, dessen Unbekanntschaft mit den verschwiegenen Fehlern, so viel, dass er nicht noch besonders zu Schadenersatz kann angehalten werden. l. 13. pr. de act. emti et vend**).

Im letzteren Falle ist es gleichgültig, ob der Verkäufer sich geirrt oder nicht geirrt hat. §. 2. und l. cit.***).

*) Z. B. Titius hat in der Erwartung mit dem unbrauchbaren Thiere einen Postzug completiren zu können, noch ein viertes und viel theurer erkauft, als es an sich werth war.

**) Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto; ait enim, qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestiturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem, si vero sciens reticuit, et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestiturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idônee veniisse, erit praestandum.

***) §. 2. Quod autem diximus, quanti emtoris interfuit, non decipi, multa continet, ut si alios secum sollicitavit, ut fugerent, vel res quasdam abstulit. §. 3. Quid tamen, si ignoravit quidem furem esse, asseveravit autem bonae frugi et fidum, et caro vendidit? Videamus, an ex emto teneatur; et putem, teneri. Atqui ignoravit;

Denn als ein Leichtsinn, als ein Verschulden des Verkäufers muss es angesehn werden, preist er Eigenschaften der Sache an, von deren Existenz er sich nicht mit gnügender Zuverlässigkeit überzeugt hatte. Somit kann bei dem Kaufe gar nicht die Rede von eigenthümlichen Wirkungen sein, die ein Irrthum hervorbrachte, welcher auf des Käufers Seite hinsichtlich der Qualitäten der Sache Statt gefunden und auch auf des Verkäufers Seite treten dergleichen Wirkungen nur insofern ein, als letzterer, wenn er aus Irrthum, also bona fide nicht sofort äusserlich erkennbare Fehler verschwiegen hat, die er gesetzlich verpflichtet war bei dem Verkaufe anzuzeigen, dem zur actio redhibitoria oder quanti minoris berechtigten Käufer nicht ausserdem noch wegen demselben durch das Fehlerhafte der Sache erwachsener Schäden Ersatz zu leisten hat

Hieraus ergiebt sich, dass, sobald man davon absieht, welcher Art die Qualitäten sind, deren Mangel dem Käufer anzuzeigen dem Verkäufer gesetzlich obliegt, man über den Irrthum hinsichtlich der Qualitäten (also auch der Substanz, des Stoffes der Sache) in Form eines positiven Satzes nichts sagen könnte, als: fehlt der Sache eine derjenigen Qualitäten, welche der Verkäufer dem Käufer als vorhanden angegeben hat, so ist nicht nur letzterer berechtiget nach Willkühr die Redhibition zu beantragen oder quanti minoris zu klagen, sondern es muss auch der Verkäufer, ohne Unterschied ob er bona oder mala fide die Unwahrheit gesagt hat, allen Schaden und Verlust, welchen der Käufer durch den Mangel der Qualität erleidet, diesem ersetzen.

Demnach kommt auf den Irrthum des Verkäufers nichts an und auch danach wird nicht gefragt, ob der

sed non debuit facile, quae ignorabat, asseverare. Inter hunc igitur, et qui scit, interest, qui scit, praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.

Käufer sich geirrt, sondern nur danach, was der Verkäufer ihm zugesagt habe*).

Hiermit ist behauptet, dass der Käufer nie einen Anspruch mit der Behauptung fundiren könne, die Sache ist von einer andern Qualität als ich erwartete, sondern nur mit der, es fehle der Sache die zugesagte Qualität.

§. 3.

Erläuterungen.

Die zugesagte Qualität fehlt der Sache nicht nur dann, wenn ein schriftlicher Kaufcontract ausspricht: Titius verkauft seinen sechsjährigen Rappen dem Cajus, und des Titius Rappe ein neunjähriger ist, sondern auch dann, wenn in dem Contracte nur der Rappe genannt, erweislichermaassen aber bei den vorhergehenden Verhandlungen derselbe von dem Verkäufer oder auch nur von dem Käufer als ein sechsjähriger ist prädicirt worden, indem die Natur der Sache es mit sich bringt, dass, wenn ich einen andern, in der Meinung oder Erwartung, es fände sich dieses oder jenes Prädicat in der Sache vor, kaufen lasse, mein blosses Stillschweigen ausreicht, um auch meinerseits der Sache dies Prädicat beigelegt zu haben. Denn fehlt dasselbe oder bin ich auch nur ungewiss, ob es vorhanden sei, so erfordert die bona fides, dass ich deren Mangel oder meine Unkunde dem Käufer anzeige, der allemal des Verkäufers bonam fidem vorauszusetzen berechtiget ist.

Im Voraus erläutert durch obige Bemerkungen stellt als ein richtiger sich folgender Ausspruch dar: für zugesagt von dem Verkäufer sind diejenigen

*) Hat der Verkäufer einem abgetriebenen elenden Landpferde, indem er es dem Käufer vorführen liess, die Qualitäten eines sechsjährigen englischen Racepferdes zugeschrieben, so hat er nichts zugesagt; denn eine Zusage, die den Glauben an ihre Wahrheit ausschliesst, ist keine. Dass Fälle vorkommen können, wo die Unmöglichkeit des Glaubens an die Zusage und also auch der letztern Nichtigkeit nicht sofort erkennbar vorliegt und der Verkäufer in den Fall kommen kann, deshalb Beweis zu führen, das gehört nicht hierher.

Prädicate der Sache anzusehn, die der Contract der Sache zuschreibt.

Wenn nun aber vom dem Verkäufer zugesagte Prädicate diejenigen sind, welche der Contract zusagt, und nur die zugesagten Prädicate zu gewähren sind, so kann keines zu gewähren sein, das der Contract der Sache nicht beilegte. Der Käufer mag über noch so viele und noch so wichtige Prädicate sich getäuscht haben, die Täuschung kann ihn zu Ansprüchen nur dann berechtigen, wenn der Contract ihn berechtigte das Dasein derselben vorauszusetzen; so ist denn, wie schon gesagt, nicht sein Irrthum, sondern des Gegners Zusage das was ihn berechtiget. Wer das verkennt, muss sich in Opposition gegen die unbestreitbaren Wahrheiten setzen, dass der Kauf perfect ist, wenn was gekauft sein soll durch den Contract, nicht generisch, sondern speciell bezeichnet und eine der speciellen Bezeichnung entsprechende Sache vorhanden ist, dass der Verkäufer weder mehr noch etwas anders zu leisten kann gehalten sein, als jene Bezeichnung umfasst*).

*) Die Veranschaulichung durch Beispiele scheint mir sich zu sehr von selbst zu machen, als dass ich sie in den Text aufnehmen mochte; jedoch nicht jeder Gelehrte scheint sie sich von selbst zu machen; darum folge sie in einer Note.

Titius hat von zwei Erblassern zwei Fässer Rheinwein, von jedem eins, legirt erhalten. Cajus bietet ihm 30 Thlr. „für das ererbte Fass Rheinwein." Titius genehmiget den angebotenen Kauf. Wenn nun aber Cajus das dem Titius von Lucius legirte Fass fordert und Titius nicht dies, sondern das von Sempronius legirte geben will, so bleibt der Kauf null und nichtig, wie auch dies die Quellen anerkennen. Der Grund ist der, dass nicht hinreichend specialisirt ist, was Cajus zu fordern und Titius zu geben schuldig sein sollte. Wenn die Quellen sagen quia corpore erraverunt, so ist das eine ungenügende Ration. Sie erklärt wie das Object nicht speciell genug konnte bestimmt werden, indem z. B. Titius zur Zeit nicht wusste, dass Lucius ihm etwas legirt habe, und Cajus zur Zeit nur von diesem Legate Kenntniss hatte; sie enthält das Motiv der factischen Gestaltung des Verhältnisses, nicht das Motiv der juristischen Entscheidung.

Kauft Cajus von Titius „das in dessen Keller befindliche Fass"

1) „mit der darinne enthaltenen Flüssigkeit," oder

2) „mit dem darinne enthaltenen Weine," oder

§. 4.

Beweis dass die vorstehend entwickelten Ansichten mit den Quellen übereinstimmen.

1) l. 41. §. 1. de contr. emt. vendit. (18. 1.) Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens; nulla est emtio, pecuniaque eo nomine data condicetur.

Den mir übergebenen mit Silber plattirten Tisch habe ich nicht gekauft, wenn er gegen mich von dem Verkäufer prädicirt war als ein massiv silberner. Dieses Kennzeichen des Objectes fehlt. Also existirt dieses Object nicht*). Ich bin also nicht an den Kauf gehalten.

3) „mit darinne enthaltenem Rüdesheimer," oder

4) „mit dem eilfer darinne befindlichen Rüdesheimer," so hat Titius ersteren Falles nur dafür einzustehn, dass eine Flüssigkeit, im andern, dass darinne Wein, im dritten und vierten, dass darin Rüdesheimer, eilfer Rüdesheimer enthalten sei, denn es erhält alsdann der Käufer das durch die Verabredung specialisirte Object. Ist im vierten Falle kein eilfer Rüdesheimer darinne enthalten, so ist der Kauf unverbindend für den Käufer, denn das Object war bezeichnet als ein Fass a. in Titius Keller befindlich, b. mit Num. 20. signirt, c. enthaltend Rüdesheimer, d. eilfer Rüdesheimer; das letzte Kenntzeichen fehlt. Eine Sache existirt nur in und durch das Vorhandensein aller ihrer Kennzeichen und also fehlt hier, wo eines derselben fehlt, auch das Object des Kaufes.

Gesetzt alle diese Kennzeichen fänden sich; der Wein ist aber umgeschlagen und verdorben. Alsdann tritt das Gesetz oder vielmehr die in der Röm. Praxis l. 6. §. 4. de act. emt. et vend. (19. 1.) erkennbare Bestimmung ein, dass als zugesagte diejenigen Qualitäten anzusehen sind, hinsichtlich deren der Verkäufer nicht zweifeln konnte, dass sie der Käufer voraussetze, und nach dem Obigen affirmirt der Verkäufer durch blosses Stillschweigen Qualitäten, von denen er weis, dass sie der Käufer voraussetzt. Wer aber wüsste nicht, dass Trinkbarkeit in der Regel die erste Voraussetzung ist, unter der man Wein kauft?

*) Das bedarf wohl keines Beweises, dass der Verkäufer um den Tisch pro solida zu *verkaufen*, ihn für einen solchen erklären musste; denn offenbar verkaufte er den Tisch pro solida nicht schon dadurch, dass er ihn bei dem Verkaufe für einen massiven hielt. Hätte der Käufer gewusst, trotz der Angabe des Verkäufers, sei der Tisch nur plattirt, so wäre dies Prädicat dem Tische nicht mit rechtlicher Wirkung beigelegt worden. Der Käufer hätte dieses Kennzeichen aufgegeben, hätte eingewilliget den nicht massiven Tisch um die verabredete Summe zu erkaufen.

Der gezahlte Preis ist ein indebite solutum und fordere ich mittelst der condictio das Kaufgeld zurück, so kann andrerseits der Verkäufer den Tisch mittelst der Eigenthumsklage zurückfordern. Demohngeachtet ist der Contract insofern giltig, als ich das id quod interest fordern kann, mittelst der actio emti. Dass das Fragment dies nicht sagt, beweist nicht, dass dessen Verfasser, Julianus, entgegengesetzter Meinung war. Denn dass solchenfalls die actio emti auf das i. q. interest begründet war, beweist: l. 21. §. 2. de act. emti et vend. (19. 1.) Quamvis supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem non esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, et si venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.

Als citreae sind Tische verkauft worden, wenn sie spätestens bei dem Abschlusse sind als solche von dem Verkäufer prädicirt gewesen. Solchensfalls: est emtio nulla, dies nach l. 41. §. 1. cit. Allein der Verkäufer ist nach l. 21. §. 2. cit. ohne Unterschied, ob er bona oder mala fide gehandelt hat, für das i. q. interest einzustehn gehalten.

Zu bemerken ist, dass das Fragment ganz offenbar entweder von den Compilatoren oder von den Abschreibern ist gemishandelt worden, von den letztern jedenfalls um deswillen, weil es eine varia lectio giebt, die nach dissentiamus nicht „emtionem non esse,“ sondern „emtionem esse“ giebt. Auf alle Fälle ist die Lesart emtionem non esse (nichts ist gekauft, wenn dem Tische das ihm beigelegte Prädicat citrea mensa fehlt.) die richtige. Denn mit Cujacius (comment. ad l. 22. d. V. B. — m. s. v. S. not. b. S. 288.) finde ich es lächerlich, dass Paulus soll gesagt haben, obschon ein giltiger Kauf vorliegt, so ist dennoch der Verkäufer gehalten. v. S. widerspricht dem Cujacius und behauptet, der Hauptsatz sei der: „der Vertrag ist zwar giltig, dennoch aber der Verkäufer durch die in der Tradition liegende scheinbare Erfüllung nicht frei, vielmehr muss er Entschädigung leisten, selbst wenn er nicht irrte.“ Dieser Hauptsatz ist die allerwillkührlichste, mit keiner Silbe des Textes zu

rechtfertigende Fiction. Auch frage ich, ob es wohl Paulus hätte der Mühe werth finden können, zu bemerken, die Uebergabe befreie den Verkäufer nicht von der Verbindlichkeit für die Qualität einzustehn, die der Contract der Sache beilegte?

Aber auch noch in einer andern Hinsicht scheint die Stelle vitiös. Behandle ich in dem Meublemagazin den Tisch num. 1., so bin ich mit dem Verkäufer zunächst dahin einverstanden, dass ich diesen Tisch beabsichtige zu erkaufen und er beabsichtige ihn mir zu verkaufen. (consentimus in corpore.) So lange wir aber darüber dissentiren, ob der Tisch von Citronen- oder schlechtem Holze ist, so lange kommt kein Kauf zu Stande. Nur die Beseitigung dieses Dissenses macht das Perfectwerden des Kaufes möglich*). Da es in dem vorliegenden Fragmente des Dissenses in qualitate ungeachtet zu einem Abschlusse muss gekommen sein, weil sonst keine Klage des Käufers möglich gewesen wäre, so muss man, soll ein Sinn in die Worte kommen, das de qualitate autem dissentiamus darauf beziehen, nach der Uebergabe habe sich gefunden, der Käufer würde andrer Meinung als der Verkäufer geblieben sein, wenn die Erkenntniss, die ihm später erst aufging, noch vor dem Abschlusse wäre aufgegangen gewesen. Alsdann ist aber der Sinn des Julian ohnstreitig durch Schuld der Compilatoren oder Abschreiber in höchst fehlerhaften Ausdrücken dargelegt.

2) l. 45. de contr. emt. vendit. Labeo libro Posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit; quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat,

*) Wenn Käufer und Verkäufer nicht darüber einverstanden sind ganz davon zu abstrahiren, ob der Tisch aus Citronen oder aus anderm Holze ist, so lange sie darüber streiten, kommt kein Kauf zu Stande, weil der Käufer den Tisch entweder überhaupt nur unter der Voraussetzung kaufen will, dass derselbe aus Citrone sei oder doch nur unter dieser Voraussetzung zu Genehmigung des Preises entschlossen ist.

etiam damni, quod ex eo contingit, quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.

Titius hat alte Kleider für neue gekauft. Damit kann nicht blos soviel gemeint sein: als er kaufte, glaubte er, neue Kleider zu erhalten. Denn es ist der Fall völlig gleichgestellt dem, wo der Verkäufer vas aurichalcum pro auro verkauft, was nothwendig erfordert, dass der Verkäufer das Gefäss für ein goldnes ausgegeben hat. Somit ist der Fall der: alte Kleider sind dem Käufer übergeben worden, welcher dieselben als neue behandelt hatte. Was sagt das Fragment von diesem Falle? Mit keiner Silbe, dass der Käufer an den Kauf gebunden sei*), was er nach den vorhergehend citirten beiden Stellen nicht war, sondern es verbreitet sich nur über die Bedingungen, unter denen ein Anspruch wegen der fehlenden Qualität gegen den Verkäufer soll möglich sein und über die Ausdehnung dieses Anspruches. Demgemäss wird erstlich referirt, dass Labeo, Trebatius, Pomponius und Julianus der Meinung waren, keine Verbindlichkeit treffe den Verkäufer, wenn der Käufer gewusst habe, nicht neue Kleider erhalte er, sondern alte. Hierüber ist kein Wort weiter zu verlieren; denn solchenfalls ist, wie schon mehrmals erwähnt, der Käufer es zufrieden gewesen, dass Neuheit kein Kennzeichen bei Bestimmung des Objectes sein solle. Zweitens wird bemerkt, es sei hiernächst Julian auch der, den eben citirten Fragmenten vollkommen übereinstimmenden Meinung gewesen, hinsichtlich des Verkäufers mache es einen Unterschied, ob er gewusst oder nicht gewusst habe, dass die Kleider alt seien. Letzterenfalls sei er nur ipsius rei nomine gehalten? das heisst: er unterliege der actio redhibitoria oder quanti minoris des Käufers, erstenfalls müsse er auch überdies für den Schaden stehen**).

*) Welcher Barbar von Juristen möchte Jemandem zumuthen alte Kleider zu behalten, wenn dem Abschlusse vorhergehend Anfrage oder Angebot auf neue Kleider gerichtet war?

**) l. 18. pr. de aedilit. edict. (21. 1.) Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emtor queratur, aut redhibitorio,

Eben so soll es gehalten werden, wenn der Verkäufer eine Sache, die aus aurichalco bestand, für eine goldene ausgegeben hat. Aurum praestare heist hier dafür einstehen, dass er die Sache so prädicirt hat. Man denke z. B. an das dolum malum praestare, wo praestare ja offenbar nicht von einem tradere oder solvere zu verstehen ist, sondern von dem Gerechtwerden dafür, dass man dolo gehandelt hat.

3) l. 14. de contr. emt. vend. (18. 1.) Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent, utputa si et ego me vendere aurum putarem, et tu emere, quum aes esset? Utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea. Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit; nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio, si autem aes pro auro veneat, non valet.

Nicht wie man nach dem Eingange und dem Schlusse des Fragmentes schliessen möchte, ist die Rede von Verkauf eines rohen Stoffes und einem hierbei in der Maasse vorgefallenen Irrthume, dass Titius, welcher zwei Pfund Platina zu erhalten glaubte, zwei Pfund Blei erhält, sondern, wie das mit utputa angekündigte, den Eingang und den Schlus des Fragmentes erläuternd verbindende Beispiel es belegt, davon, dass ein Gegenstand ganz oder zum Theil aus anderem als dem Stoffe gefertiget ist, aus dem die Contrahenten sich denselben gefertiget dachten. Halten wir streng an den Worten des Fragmentes so denken wir eben dieses Beispiel uns treffend in folgender Gestaltung: unter einer Nummer eines legal aufgenommenen Verlassenschaftsinventars findet sich aufgeführt: „ein goldnes Armband (Taxe) 80 Thlr.“ — Um diesen Preis, den „aus-

aut aestimatorio, id est quanto minoris judicio agere potest. Dass das Edict der Aedilen älter ist als die Praxis der actio emti, das liegt offenbar in dem Gange, den die Ausbildung des Röm. Rechtes genommen hat. Dass die actio emti auch auf die Redhibition konnte gerichtet werden, sagt ausdrücklich l. 11. §. 3. de act. emt. et vend. (19. 1.) Redhibitionem quoque contineri emti judicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus. Wer möchte bezweifeln, dass sie um so mehr auch auf das quanti minoris sich habe richten lassen?

gemittelten," (exquisito nicht convento, seiner Grösse nach nicht auf Uebereinkommen beruhenden) wird einem der Miterben das „im Inventarium aufgeführte Armband" von den übrigen Miterben verkauft. Der Contract prädicirt durch die Bezugnahme auf das Inventar das Armband so, wie es hier prädicirt ist. Der Käufer, welchen das Beiwort golden in die Meinung versetzt hatte, für 80 Thlr. werde er ein massiv goldnes Armband erhalten, findet, dass er ein Armband erhalten hat, dessen Zusammensetzung nicht blos aus Gold, sondern magna ex parte aus Erz besteht. Da hier jedenfalls nicht an eine actio quanti minoris kann gedacht werden, denn 80 Thlr. sind der ausgemittelte, der Beschaffenheit des Stoffes entsprechende Werth des Armbandes, so fragt es sich, kann der Käufer, um den Handel für null und nichtig zu erklären, sagen: obschon zwei Prädicate, welche der Contract dem Gegenstande beilegte — das Prädicat Armband, in dem Inventarium aufgezeichnetes Armband — sich an diesem Armband vorfinden, so fehlt doch das dritte Prädicat goldnes Armband, denn nicht ist golden, was nur zum Theil aus Golde besteht.

Sehen wir nun, ob und inwieferne die Frage eben so von dem Fragmente aufgefasst ist. Ulpian erklärt: venditionem esse. Der Weg, auf dem er diese Ueberzeugung gewinnt, geht von dem als ein unbestreitbarer angenommenen Satze aus, dass der Contract gelten würde, wenn das Armband ein vergoldetes wäre. Demnach entsteht zunächst die von Ulpian in dem Fragmente nicht beantwortete Frage, ist es keine falsche, nothwendig zu Irrthum führende Bezeichnung, wenn golden genannt wird, was nur vergoldet ist*)?

Hier hängt offenbar alles vom Sprachgebrauche ab. Gewiss aber kann es uns nicht überraschen, wenn die Römer sowohl rem auro obductam als ex auro solido confectam in jedem Falle auream nennen konnten, wo es

*) Wenn dem Object des Kaufes ein allgemeines Kennzeichen ist beigelegt worden, so ist es gleichgültig, in welcher speciellen Gestaltung es sich vorhanden findet. Genug dass es in irgend einer vorhanden ist.

nicht eben darauf ankam, diese Unterscheidung zu machen*). Denn obschon heutigen Tages wer einen goldnen Ring bei einem Goldschmidt fordert, einen massiv goldnen meint, so wird doch der Goldschmidt, wenn ein goldnes Geräth, z. B. ein goldner Becher, bei ihm gefordert wird, nicht eher wissen, was er zur Auswahl vorzuzeigen, und welchen Preis er zu machen habe, als nachdem er gefragt hat, ob ein massiv goldner oder nur ein vergoldeter begehrt werde, was nicht geschähe, wenn als ein goldner sich nur ein massiv goldner prädiciren liesse**). Ich nehme also an: auch bei den Römern war es nicht sprachwidrig viriolam inauratam zu nennen auream.

Nun aber bleibt noch zu untersuchen, ob und warum dasjenige, was von der viriola inaurata gelten würde, auch von derjenigen gelten soll, die gewisse massiv aus Gold und andre rein aus Erz bestehende Theile hat? Als Grund dieser Gleichstellung giebt auf den ersten Anblick des Fragmentes Ulpian den an: jedes der beiden so verschieden beschaffenen Armbänder habere aliquid auri. Dieser Grund könnte nur dann gnügen, wenn, was jedoch zuverlässig der Fall nicht ist, jedes tantillum von Gold, das sich an einem Gegenstande findet, uns berechtigte denselben einen goldnen zu nennen. Jedoch alles wird klar und conformirt sich meinen Ansichten, wenn wir erwägen, dass das aliquid auri in dem concreten Falle, den das Fragment setzt, maxima pars viriolae war. Dies beweise ich aus den Worten: inventa esset magna ex parte aenea, also nicht majori oder maxima ex parte, ja nicht einmal ex aequa. Wenn aber die viriola obschon ex

*) Darauf kam es nicht in dem Verlassenschaftsverzeichnisse an, dessen Zweck nur der war, durch genaue Angabe des Werthes jedes einzelnen Verlassenschaftstückes den Gesammtwerth des Nachlasses darzulegen.

**) In Haushaltungen fürstlicher Personen zeigt man dem Fremden, der sich herumführen lässt, goldne Service. Der Herumführende wird, auf die Frage, ob das Service massiv sei, sie meistens verneinen müssen und erklären, es sei nur vergoldet; dies erklärt er mit grösster Unbefangenheit und ohne die mindeste Besorgnis, damit eine Aufschneiderei einzugestehen.

magna, dennoch aber nicht einmal ex aequa parte zum Stoffe aes hatte, so war der major pars Gold, und nach der Regel a majori fit denominatio, ganz sprachgemäss, dass die viriola als eine **aurea** prädicirt war. Jedermann der in seinem Leben einmal mit silbernen Messern gegessen hat, weiss, dass höchstens mit Ausnahme der Desertmesser, die Messer, die man silberne nennt, magna ex parte aus Stahl bestehen.

v. S.'s Erklärung der Stelle ist schon um deswillen falsch, weil er behauptet S. 279. not. h. die Worte: **si inauratum aliquid sit**, habe man von keiner Vergoldung, sondern so zu verstehen: wenn der Stoff eine Mischung von Gold und anderm Metalle ist. Da inaurare in der Regel vergolden heisst, so war es an v. S. zu beweisen, auch das ex auro et argento compositum könne inauratum genannt werden. Anstatt aber eine Belegstelle zu citiren, sagt er, dies folge

1) aus den vorhergehenden, nach dem Zusammenhange gleichbedeutenden Worten.

2) Aus dem Zusatze aliquid, der bei blosser Vergoldung keinen Sinn haben würde.

Die erste Proposition enthält keinen mir fasslichen Sinn und was die zweite betrifft, hat es offenbar einen sehr guten Sinn, wenn der Goldschmidt, von dem ich einen vergoldeten Becher taxiren lasse, mir antwortet: er hält — habet — für 12 Thlr. Gold.

4) l. 9. §. 2. eod. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto Digestorum, emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οὐσία*, substantia, est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio veniisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur.

Zu Erläuterung des Fragmentes, bei der ich zunächst

von allem absehe, was darinne über Wein und Essig gesagt wird, folgendes:

Deutlich sehn wir hier, wie bei Marcellus der Begriff Object des Kaufes noch nicht zum Durchbruch gekommen war und er darum falsch unterscheidet, Ulpian hingegen zwar richtig unterscheidet, ohne jedoch des Begriffes, von dessen treffender Anwendung sein Urtheil abhing, sich klar bewusst zu werden.

Um das Falsche in des Marcellus Ansicht scharf aufzufassen, erinnere man sich aus dem Obigen, wie der Gegenstand des Kaufes ein andrer ist, je nachdem ich „die mir vorgewiesene mit Num. 1. bezeichnete Erzstufe“ oder „die mir vorgewiesene mit Num. 1. bezeichnete Goldstufe“ kaufe, dass ich im ersteren Falle aus dem Kaufe gehalten bleibe auch dann, wenn es sich findet, dass meine Erwartung eine Goldstufe zu erwerben getäuscht und die von mir behandelte und mir übergebene eine Kupferstufe ist, hingegen letzteren Falles der Kauf durch die nämliche Entdeckung ungültig wird. Von Ulpian anerkanntermaassen irrt Marcellus darinne, dass er in beiden Fällen, in dem letzten so gut als in dem ersten behauptet, der Kauf sei gültig. Der Entscheidungsgrund, quia in corpus consensum est, ist in beiden Fällen eine richtige Behauptung, jedoch in dem letzteren ein unausreichender Entscheidungsgrund und dies um deswillen, weil hier das Kaufobject als solches nicht blos nach den Kennzeichen bestimmt war, die dasselbe als Körper, d. h. seiner Stelle, Form oder Ausdehnung im Raume nach von jedem andern ersinnlichen Körper unterschieden, sondern ausserdem noch ein anderweites Kennzeichen eben diesen Körper zugleich unter eine gewisse Categorie von Körpern, die goldhaltigen Stufen stellte. Sich das falsche Raisonnement zu reconstruiren, das den Marcellus mag verleitet haben, den Satz aufzustellen, unbedingt sei der Kauf gültig, sobald was dem Käufer für den Preis sollte übergeben werden, übereinstimmend so von den Partheien bezeichnet sei, wie es zur Unterscheidung von jedem andern ersinnlichen Körper nöthig ist, kann nicht schwer fallen, sobald man erwägt, wie noch heu-

tigen Tages die meisten Lehrbücher und Compendien den error in corpore behandeln. Marcellus folgerte also: der Gegenstand eines Kaufes ist ein Körper*), demnach sind die Contrahenten einig über den Gegenstand des Kaufes, sobald nach gegenseitig angenommenen Kennzeichen von jedem andern Körper unterschieden ist, was Gegenstand des Kaufes sein soll. Das Irrige dieses Raisonnements besteht darinne, dass es consensum in rem für unbedingt identisch mit consensus in corpus ansieht. Da der Gegenstand des Kaufes allemal irgend ein bestimmter Körper ist, so kann allerdings nichts zum Gegenstande eines Kaufes geworden sein, ohne ein speciell bezeichneter Körper zu sein, unbenommen aber ist es den Contrahenten, noch ein anderes beliebiges Kennzeichen hinzu zu setzen, nach welchem dieser Körper dieser oder jener Gattung von Körpern angehören soll**). Fehlt dasselbe, so fehlt es auch an dem Kaufgegenstande, ohngeachtet der Existenz des von den Contrahenten übereinstimmend bezeichneten Körpers. Dies ereignet sich aber sobald das mir vorgewiesene mit Num. 1. bezeichnete und zugleich von dem Verkäufer stillschweigend oder ausdrücklich als Goldstufe prädicirte Fossil eine Kupferstufe ist. Auch Ulpian ist dieser Meinung; jedoch mit den Worten: nullam esse venditionem puto quoties in materia erratur, drückt er, sich damit begnügend, die Frage nur hinsichtlich der

*) Wie der deutsche Kauf, so bezog auch die emt. venditio, wenn nichts weiter hinzugesetzt war, sich nur auf körperliche Dinge.

**) Interessant ist die von den unverständigen Compilatoren aus ihrem Zusammenhange gerissene vielleicht auch sonst noch corrumpirte Aeusserung des Ulpian in l. 11. pr. die in dem ursprünglichen Contexte unverkennbar an l. 9. §. 2. eod. anschloss: alioquin quid dicemus, si caecus emtor fuit, vel si in materia erratur, vel in minus perito discernendarum materiarum (schwerlich hat Ulpian solches Latein geschrieben). In corpus eos consensisse dicemus? Et quemadmodum consensit, qui non vidit? Hier scheint mir, obschon in sehr mangelhaftem Ausdrucke, die Anschauung vorzuliegen, dass, um entscheidend sein zu können, des Marcellus consensus in idem corpus das sein müsse, was ich den consens in idem objectum gemäs den Ansichten nenne, die ich darüber entwickelt habe.

concreten Gestaltung zu beantworten, welche ihr Marcellus Behauptung gegeben hatte, sie weder so scharf noch so allgemein aus, als es die theoretische Betrachtung erfordert. Nicht scharf genug, denn erstlich sind die Bedeutungen der Worte materia, substantia und corpus nicht gehörig unterschieden und dann kommt es nicht zunächst auf den Irrthum, sondern darauf an, dass dasjenige, was als aus Gold bestehend ist zum Verkaufe angeboten oder zum Kauf gesucht worden, aus schlechterem Stoffe besteht. Dass unter solchen Umständen der Käufer nur in Folge eines Irrthums den Kauf kann geschlossen haben, das versteht sich so lange von selbst, als nicht seine scientia nachgewiesen ist; welchergestalt denn die Regel genauer so wäre abzufassen gewesen: emtio venditio est ubi scienti emtori aes pro auro venditum. Es ist aber auch der Ausspruch Ulpians nicht allgemein genug. Denn der Irrthum in der Farbe einer Sache kann das nämliche bewirken, was der error in materia wirkt, sobald eine bestimmte Farbe der Sache zu einem der Prädicate des Kaufgegenstandes ist gemacht worden. Nun noch das Nöthige über den Wein und Essig. Da es mehr als lächerlich sein würde, das Corp. jur. darüber befragen zu wollen, wie es denn nun wohl zu halten sei, wenn wer da glaubte ein Fass Wein gekauft zu haben, darinne statt Weines Essig oder doch statt wohl trinkbaren Weines, saueren darinne findet, so kann nur davon die Rede sein, wie kam es, dass die verständigen Römer hier häsitiren, ja Marcellus und Ulpian verschiedener Meinung sein konnten? Marcellus, der sich noch zu nichts durchgearbeitet hatte, was man Theorie oder doch wenigstens eine Ansicht des Irrthumes hinsichtlich des Kaufobjectes nennen könnte, blieb sich consequent, wenn er behauptete: emtio est, si acetum pro vino veneat, d. h. wenn Frage oder Angebot ist auf Wein gestellt gewesen und die als Körper hinlänglich genau bezeichnete Masse, in Gestalt welcher der Frage oder dem Angebote sollte entsprochen werden, Essig ist*). Hingegen ist in dem Prin-

*) Ich bemerke dies nochmals, denn es reicht aus zu belegen, dass bei v. S. — m. s. S. 278. num. 3. — der Fall der §. 2. cit. sich

cipe durchaus meiner Ansicht conform die Distinction des Ulpian. Besagt der von Titius mit dem Weinhändler abgeschlossene Kauf: „verkauft soll sein das mit Num. 1. bezeichnete Fass Wein," und die in dem Fasse befindliche Flüssigkeit ist jederzeit keine andre als Essig gewesen, so haben wir nullam venditionem; denn das Prädicat Wein trifft nicht zu. Dagegen gilt der Kauf, wenn jenes Fluidum ein essigsauer gewordener Wein ist. Denn das Prädicat *Wein* trifft zu und ein specielleres, diese leidige Qualität ausschliessendes giebt die Fassung des Contractes nicht an die Hand*). Allein das richtige Princip: fehlen der Sache ihr beigelegte Prädicate, so ist der Kauf ungültig, *jedoch nur dann, wenn der Sache das fehlende Prädicat ist durch den Contract beigelegt worden,* scheint hier unanwendbar; denn schon oben gezeigtermaassen führt eine theoretisch richtige Auffassung des Kaufcontractes zu dem weiteren Principe: *stillschweigend sind zugesagt durch den Contract diejenigen Qualitäten, welche der Käufer dem Verkäufer bekanntermaassen vorausgesetzt hat.* Nun setzt aber der Käufer eines Fasses Wein voraus, ein wohltrinkbares Getränk zu erhalten und also Wein, frei von der Säure des Essigs. Gemäss diesem zweiten Princip ist das erste für unanwendbar auf Wein und Essig anzusehn und doch wendet Ulpian nicht das zweite sondern nur das erste darauf an. Wie geht dies zu? Allerdings läuft es — ob so durch-

sach- und sprachwidrig aufgefasst findet. Es sagt nämlich v. S. unter Verweisung auf diese Stelle: „*es kauft Jemand Essig den er für Wein hält,*" während des Käufers getäuschte Erwartung offenbar von einer Wirkung nur unter der Voraussetzung sein kann, dass ihn der *Contract* zu der Erwartung berechtigte und aes pro auro vendere ein Geschäft bezeichnet, das den bronzenen Gegenstand als einen goldnen prädicirte.

**) So auch in dem Falle, wo ein Gegenstand „als aus Golde bestehend" ist verkauft worden. Nichts kommt hier darauf an, ob das Gold so lauter ist als der Käufer voraussetzte. Spricht der Kauf nichts über die Qualität des Goldes aus, so fällt diese auch ganz aus bei Betrachtung der rechtlichen Folgen des Contractes. l. 10. de contr. emt. vendit. Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret, tunc enim emtio valet.

aus oder nur in unsern Augen, davon weiter unten — allem gesunden Menschenverstande entgegen, dass in dem Falle, wo ich dies oder jenes Fass Wein von dem Händler erkaufte, es gleichgültig sein soll, ob ich darinne trinkbaren oder sauren Wein vorfinde. Ganz anders aber gestaltet sich das Verhältniss, sobald ich „des Titius Weine" d. h. die in dessen Keller befindlichen Vorräthe aversionaliter so erkaufe, dass die bei der Uebernahme abzuzählenden Fässer Stück für Stück sollen mit 20 Thlr. bezahlt werden. Zwar brauche ich hier kein Fass mir zuzählen zu lassen, in dem sich Essig befindet, muss aber Fässer mit essigsauerem Weine ebenfalls übernehmen, aus Gründen, welche von selbst in die Augen springen, da der Kauf per aversionem die stillschweigende Garantie von Qualitäten ausschliesst. M. s. w. u. l. 4. §. 1. de peric. et com. r. v. Angenommen jedoch, Ulpian hat sich den Kauf gedacht ausgedrückt in der Formel: „gekauft ist das mit Num. 1. bezeichnete Fass Wein," wie denn auch die Stelle auf nichts exceptionelles hindeutet und Käufe per aversionem nicht die Regel bilden, selbst dann hat er nichts Unvernünftiges gesagt, so unvernünftig es auch wäre seinen Ausspruch als einen bei uns geltenden anzusehn. Deutlich sieht man nämlich aus Stellen des Röm. Rechts, dass die Römer die Qualitäten eines Weines, ja sogar dessen Unverdorbenheit als etwas ansahen, wovon zu Tage liege, dass dem Verkäufer sich gar nicht zumuthen lasse*) dafür eine stillschweigende Garantie zu leisten. Eine schlagende Belegstelle ist l. 4. §. 1. cit. Si aversione vinum veniit, custodia tantum praestanda est; ex hoc apparet, si non ita vinum veniit, ut degustaretur, neque acorem, neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emtorem pertinere. Auslachen würde der heutige Weinverkäufer denjenigen Abnehmer, welcher vor dem Kaufe kosten wollte, nicht um

*) Wie noch jetzt in Neapel, Sicilien und Griechenland hatte man keine Vorstellung von einer Weinbehandlung, die den Verkäufer in den Stand setzte, dafür einzustehn, dass die Weinvorräthe, die er heute verkaufte, bei der Abholung oder Ablieferung noch unverdorben sein würden.

sich von der speciellen Modalität der Trinkbarkeit zu überzeugen, sondern um sich gewiss zu stellen, dass er weder kahnigen noch sauren Wein erhalte. Das versteht sich heutigen Tages von selbst. Das Nämliche gilt von l. 15. eod. Si vina, quae in doliis erunt, venierint, eaque, antequam ab emtore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum affirmavit venditor, tenebitur emtori; quodsi nihil affirmavit, emtoris erit periculum, quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet. Plane, si, quum intelligeret venditor non duraturam bonitatem eorum usque ad eum diem, quo tolli deberent, non admonuit emtorem, tenebitur ei, quanti ejus interesset admonitum fuisse. Habe ich verdorbenen Wein gekauft, so ändert nach Röm. Rechte dies meine Verbindlichkeit nur in dem Falle, wo der Verkäufer ausdrücklich zugesagt hat für die Güte einstehn zu wollen. Ausserdem ist es mein Verschulden nicht oder nicht mit sachverständiger Zunge gekostet zu haben und ich muss den sua natura verdorbenen Wein bezahlen, während, weil in unsern Tagen a r t e e t i n d u s t r i a a d h i b i t i s n a t u r a e j u s c o n s e r v a r i p o t u i s s e t, wir durch die Natur des Kaufes selbst dagegen geschützt sind, kahnigen oder sauern Wein bezahlen zu müssen. Nach l. 9. §. 1. u. 2. de trit. legato*) (33. 6.) gehörte es bei den Römern zu den allergewöhnlichsten Erscheinungen, dass Wein zu

*) Diese Stellen de trit. leg. sind von Ansichten eingegeben, die fortdauernden practischen Werth haben, indem es bei den Legaten nur darauf ankommen kann, zu wissen, was hat der Testirer legiren wollen, als er das Legat errichtete. S. 278. not. d. citirt v. S. eben diese Stellen bei der l. 5. §. 2. cit. aus welcher er docirt, dass der Käufer, d e m s t a t t W e i n e s, n i c h t s a u r e r W e i n, s o n d e r n e i g e n t l i c h e r E s s i g g e g e b e n w o r d e n, n i c h t a n d e n K a u f g e h a l t e n s e i; wobei mir eine Ausgabe des Horaz einfällt, die zu den Worten exsomnis stupet Evias, Belegstellen zusammengetragen hat, aus denen hervorgeht, dass auch die Bacchantinnen geschlafen haben. Sodann aber hebt v. S. hervor, d a b e i w e r d e a u s d r ü c k l i c h b e m e r k t, d a s s h i e r n u r v o n e i g e n t l i c h e m, a l s s o l c h e r b e r e i t e t e m o d e r a n g e s e t z t e m E s s i g d i e R e d e s e i n d ü r f e, n i c h t v o n s a u e r g e w o r d e n e m W e i n e. Sollte v. S. wirklich glauben, in der vorliegenden Beziehung mache es bei uns

Essig wurde und dies zwar ohne alle Absicht Essig aus Wein zu gewinnen. Bei uns ist so etwas in den Weinhandlungen fast unerhört und in den Haushaltungen eine seltene Calamität. Merkwürdig aber nicht erfreulich ist es, dass vor lauter Tiefe der Gelehrsamkeit die Literatur sich dieses Unterschiedes in antiker und heutiger Weinbauindustrie noch nicht ist bewusst worden und daher Stellen, die in den Pandecten von periculum und commodum verkaufter Weine handeln, fort und fort in dem Credite stehn, als liessen sie sich auf heutige Weingeschäfte anwenden oder als vermöchten sie gar die Theorie von peric. et com. r. v. im Allgemeinen zu vervollständigen.

5) l. 11. §. 1. de contr. emt. vend. quodsi ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emtio valebit, in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, nulla emtio, nulla venditio est. Nehmen wir dies Fragment buchstäblich und sehen wir dessen buchstäblichen Ausspruch für Röm. Recht an, so ist allerdings auch buchstäblich wahr v. S.'s Behauptung S. 278., kein Consens des Käufers solle angenommen werden, der eine Sclavin kaufte, die er für einen Mann hielt und (S. 285) kein den Willen ausschliessender Irrthum sei vorgefallen, wenn der Käufer einer Sclavin dieselbe irrigerweise für noch unberührt gehalten hat. Kann aber, frage ich, so etwas Regel bei den Römern gewesen sein? Denken wir uns, zwischen Cajus und Titius war ein Kauf geschlossen, der also lautete: Cajo venditum est mancipium, quod ad Titium ex Sempronii hereditate pervenit. Ich sollte meinen, vorausgesetzt es hat Sempronius nur ein mancipium hinterlassen, (denn hätte derselbe mancipia hinterlassen, so fehlte es an des Objectes dasselbe hinreichend individualisirender bestimmter Angabe und der Kauf wäre um deswillen null) so ist der

einen Unterschied, ob der Essig ein Product künstlicher Fabrication oder liederlicher Wirthschaft und schlechter Behandlung sei, die es zum Gährungsprocesse hat kommen lassen?

Kauf giltig, Cajus mag das mancipium für einen Jungen oder für ein Mädchen gehalten haben; denn der Kauf lautet auf ein Mancipium und das kann dem Cajus übergeben werden. Anders kann den Fall juristische Gelehrsamkeit, jedoch kein juristischer Verstand beurtheilen. Demnach sind die Worte: ceterum si ego mulierem etc. nur von dem Falle zu verstehn, wenn des Käufers Meinung, er kaufe einen Sclaven, durch den Contract entweder ausdrücklich ist bestätiget worden oder stillschweigend, weil der Verkäufer wusste, der Käufer kaufe in der Voraussetzung einen Sclaven zu erhalten. Gesetzt aber der Römer wollte sich auf dem Markte eine Person kaufen, mit welcher er in einem Concubinate zu leben beabsichtigte, der in allen persönlichen Beziehungen des Mannes zum Weibe die Stelle der Ehe vertreten sollte, so wird es allerdings an und für sich selbst einflusslos auf sein Verhältniss zum Sclavenhändler gewesen sein, ob er virginem oder mulierem gekauft hatte. Richtete er aber seine Anfrage auf eine unberührte Person, oder hat des Verkäufers Angebot vor dem Abschlusse die Sclavin für eine solche ausgegeben, so wird kein juristischer Verstand den Käufer für gehalten aus dem Kaufe ansehen, wenn es sich findet, dass er eine Person in das Haus gebracht hat, die schon in der Lage gewesen ist, Mutter zu werden. l. 11. §. 5. de act. emt. vend. (19. 1.)*) bestätiget zwar nicht mit directen Worten, wohl aber hinreichend, sobald man nur näher auf die Vorstellungen eingeht, die dem Ausspruche zu Grunde liegen, dass von den Römern solche Irrthümer über die Eigenschaften eines mancipii, eben so sind beurtheilt worden, wie dieselben zu beurtheilen mir sach- und naturgemäss scheint. Ist weiter nichts geschehen als dass jemand eine Sclavin gekauft hat, die er aber für geschlechtlich intakt hielt, so knüpfen daran sich keiner Art rechtliche Folgen. Denn Qualitäten, welche der Sache einzig und allein von des

*) Si quis virginem se emere putasset, quum mulier veniisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verumtamen ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem, ut pretio restituto mulier reddatur.

Käufers Vorstellungen sind geliehen worden, sind nicht diejenigen, welche der Verkäufer zu gewähren hat. Hätte aber letzterer gewusst, in welcher irrigen Meinung der Käufer stehe, und dennoch das Geschäft vollzogen, ohne sie ihm zu benehmen, so hätte der Verkäufer die irrig vorausgesetzte Qualität eben so gut garantirt, als hätte er der Sclavin das Prädicat der Virginität ausdrücklich bei dem Angebote beigelegt und solchen Falles hängt es von dem Käufer ab, ob er den Contract will gelten lassen oder nicht.

§. 5.

Unter welcher Gesamtansicht fasst v. S. die vorstehend citirten Fragmente zusammen?

Nach dem Obigen scheint mir aus dem Wesen der Verträge im Allgemeinen und des Kaufvertrages im Besondern zu fliessen, dass derselbe für den Käufer verbindend oder nicht verbindend geschlossen ist, je nachdem die Sache vollständig oder nicht vollständig diejenigen Merkmale vereiniget, woran nach dem Contracte dessen Object kenntlich sein soll; sodann sprechen die hier einschlagenden Fragmente, weil sie leicht und ungezwungen unter dieser Ansicht sich zusammenfassen lassen, eben dadurch für die Richtigkeit dieser Ansicht, der ohnehin zur Empfehlung gereichen möchte, dass sie nicht besondere Rechtsregeln für Wein und Essig, Gold und Blei, Jungen und Mädchen u. s. w. etablirt. Ich theile nunmehr das Resultat mit, welches v. S. aufstellt, und schon um deswillen kein richtiges sein kann, weil in §. 4. gezeigtermaassen es auf Interpretationen beruht, die schwerlich haltbar sind. Einen wesentlichen (und also den Kauf unverbindend für den Käufer machenden) Irrthum nimmt er in den Fällen an, wo der Sache nicht nur eine Eigenschaft mangelt, die der Käufer irrigerweise an ihr voraussetzte, sondern auch diese Eigenschaft von der Art ist, dass je nachdem sie sich an einer Sache findet oder nicht findet, diese nach den im wirklichen

Verkehr herrschenden Begriffen zu einer andern Art von Sachen zu rechnen ist. (M. s. S. 228.) *) Versuchen wir wohin die Anwendung dieses Satzes führt: baumwollene Strumpfwaaren sind nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen eine andere Art Sachen als Strumpfwaaren aus animalischer Wolle. Gesetzt nun laut richtigen Schlusszettels hat A. von B. die mit ⊙ signirte 1. Ctn. wiegende Kiste mit Strumpfwaaren gekauft. Wenn A. sich geirrt hat, weil er baumwollene Strumpfwaaren in die Kiste verpackt glaubte, obschon schaafwollene darin sind, so befindet darinne sich eine andere Art Waaren und es braucht, nach v. S., A. den Kauf nicht zu halten. Es steht zu hoffen, dass kein Handelsgericht in der Welt dies Befugniss anerkennen, sondern die Entscheidung davon würde abhängig machen, ob durch eine besondere, nicht in den Schlusszettel aufgenommene Verabredung B. dem A. jene Qualität garantirt habe. Jedoch ein solches Verfahren fände v. S.'s Beifall nicht, als welcher (S. 291. u. 292.) „den Willen durch den blossen Irrthum ausgeschlossen findet," es für gleichgültig hält, „ob den Irrenden ein Tadel der Nachlässigkeit trifft oder nicht," der, „in dem Irrthum an sich den Grund findet, der ihn bestimmt, den Willen als nicht vorhanden anzusehen." Bei solchen Präcedentien ist es nicht zu verwundern und weniger noch zu beklagen, dass Praxis und Theorie, wenigstens neueste Theorie, tagtäglich weiter auseinander gehn. Jenes überraschende Resultat gewinnt v. S. durch eine Induction, die ich, ohne weitere Bemerkungen hinzuzufügen, dem Urtheile des Lesers überlasse **). Das Richtige und Wahre ist: es fehlt an

*) „Der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müsste, als wozu sie wirklich gehört." Dann fährt v. S. fort und wendet „diesen Begriff zur Beurtheilung einiger in den Rechtsquellen nicht erwähnter Fälle an." Welchen Werth als Begriff kann aber derjenige haben, der erst wieder von den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen abhängt?

**) S. 279—282. „Bei den Metallarbeiten fällt zuerst auf, dass die Waare, die der Käufer zu erhalten glaubt, von der, die er wirk-

dem Objecte des Kaufes und aus dieser Ursache ist der Käufer denselben zu halten in keinem Falle verbunden, wo die Sache ande-

lich erhält, so sehr im Werthe verschieden ist. Dennoch können wir hierin das Wesen der Sache nicht setzen, theils weil es an aller scharfen Gränze fehlen würde, wenn wir diesen Gegensatz auf andre Gegenstände anwenden wollten, theils weil der Irrthum über gutes und schlechtes Gold kein wesentlicher Irrthum sein soll, obgleich auch davon der Geldwerth sehr abhängt, besonders da in dieser Vorschrift gar keine Gränze für die mögliche Legirung des Goldes gesetzt wird. Sehen wir aber auf die im Verkehr auch bei uns allgemein herrschende Ansicht, so finden wir, dass goldne und silberne Geräthe, in Vergleichung mit andern Metallarbeiten, als Waaren von ganz eigenthümlicher Art betrachtet werden. Der durchgreifende Unterschied liegt darin, dass bei den edlen Metallen, auch nach zerstörter oder veralterter Form des Geräthes, stets ein bedeutender Werth im Stoff zurückbleibt, anstatt dass im gleichen Falle bei andern Metallarbeiten, meist ein sehr geringer, oft völlig unmerklicher, Werth übrig ist. Es zeigt sich dieses unter andern auch darin, dass die Fabrication der edeln Metalle, und der Handel mit solchen Fabricaten ein ganz eignes, abgeschlossenes Gewerbe zu sein pflegt. Halten wir nun diesen natürlichen, durch tägliche Erfahrung bewährten Gesichtspunkt fest, so ergeben sich folgende Bedingungen und Gränzen der aufgestellten Regel. Sie kann nur gelten bei Arbeiten, die durch Fabrik oder Handwerk hervorgebracht werden, nicht bei eigentlichen Kunstwerken, wobei der Stoff ganz in den Hintergrund tritt. Sie gilt ferner auch bei vergoldeten, versilberten oder plattirten Arbeiten, denn obgleich zu diesen wirklich edles Metall verbraucht wird, so lässt sich doch dasselbe, nach Zerstörung der Form, nicht mehr abgesondert herstellen. Sie gilt endlich auch, wenn das vergoldete silberne Gefäss für ein goldnes gehalten wird, da der Unterschied zwischen Gold und Silber nach der im Verkehr allgemein geltenden Werthschätzung, ein eben so durchgreifender ist, als der zwischen dem edlen und unedlen Metall. Sie gilt aber nicht bei Geräthschaften von unedlem Metalle, wenn nur über die Gattung dieses Metalls ein Irrthum obwaltet; denn obgleich auch dabei die Verschiedenheit des Stoffs Einfluss auf den Geldwerth zu haben pflegt, so ist doch in den meisten Fällen das Geräthe von dieser besonderen Form und Bestimmung die Hauptsache, die Art des Metalls aber eben so das Untergeordnete, wie bei dem goldnen Gefäss die Feinheit des Goldes. Aus allen diesen Anwendungen folgt ganz klar, dass selbst diesen Regeln über die Metallarbeiten etwas Anderes zum Grunde liegt, als der blosse abstracte Begriff des Stoffes.

Bei dem Wein und Essig ist allerdings eine Verschiedenheit des Stoffes unverkennbar; dagegen kann man nicht allgemein sagen, dass

rer Art ist, als sie nach den durch den Contract ihr beigelegten weiteren oder engeren, einen allgemeinern oder speciellern Gattungsbegriff feststellenden Kennzeichen sein soll.

C.

v. S.'s Ansichten des factischen und des Rechtsirrthumes in Betreff der condictio indebiti.

§. 1.

Ueber den Gerichtsbrauch in der angegebenen Beziehung.

Ignorantia juris und facti und die damit im engsten Zusammenhange stehende condictio indebiti sind in dem ersten und im dritten Bande der Rechtsfälle besprochen worden. Sehr natürlich also, dass ich bei dem Akte

der höhere oder geringere Werth entscheidend sei. Denn feiner, künstlich bereiteter Essig kann weit kostbarer sein, als geringer Wein, und selbst der umgeschlagene, also gewiss sehr schlechte Wein soll kein Gegenstand eines wesentlichen Irrthums sein. Auch hier also, wie bei den Metallarbeiten, ist nicht sowohl die Preisverschiedenheit als die völlige Ungleichartigkeit der Waare Das, was den wesentlichen Irrthum bestimmt. Endlich bei dem Sclaven und der Sclavin liegt der Unterschied gewiss nicht in dem allgemeinen verschiedenen Geldwerth, da ohne Zweifel Sclavinnen oft weit theurer bezahlt wurden, als männliche Sclaven. Noch seltsamer würde es sein, hier an verschiednen Stoff denken zu wollen, auch hat kein römischer Jurist von einer verschiednen substantia oder materia der beiden Geschlechter gesprochen. Allein die regelmässige Benutzung der Sclaven bestand in Dienst und Arbeit, und da die männlichen Sclaven auch ausser dem Hause zur Feldarbeit, in Fabriken, und als Handwerker regelmässig benutzt zu werden pflegten, die Sclavinnen vorzugsweise im Hausdienst und zu weiblichen Arbeiten, so galten beide Geschlechter für Waaren verschiedener Art, und daher war ein Irrthum über das Geschlecht ein wesentlicher Irrthum. Auch hier nun würde es wieder ganz irrig sein, bei dem abstracten Begriff des Geschlechts stehen zu bleiben, und diesen überall anzuwenden, auch bei einem Kauf von Thieren. Denn bei Pferden z. B. ist die regelmässige Benutzung unabhängig von dem Geschlecht, und es darf daher der Irrthum hierüber nicht für einen wesentlichen gehalten werden.

öffentlicher Selbstprüfung zu der in der Vorrede des gegenwärtigen Bandes bemerktermaassen v. S.'s neuste Schrift mich bestimmt hat, nicht unberücksichtiget lasse, was in deren 4ten Bande, besonders in Beilage VIII. Num. XXXV.— XXXIX. pag. 447. flgde., sich gesagt findet.

Bekanntlich erfordert der Sächss. Gerichtsbrauch, dass derjenige, welcher condictionem indebiti anstellt, anführe, und, da nöthig, beweise aus Irrthum, aus einem entschuldbaren errore in facto — denn nach dem usus fori soll hier kein error juris in Betracht kommen — habe er eine Nichtschuld gezahlt. Angenommen, richtig sei die nicht von mir allein vertheidigte Meinung, nach Röm. Rechte verstehe sich von selbst der Irrthum, sobald jemand eine Zahlung gemacht und dieselbe als Tilgung einer Schuld prädicirt hat, deren der Zahlung gleichzeitige Nichtexistenz er später beweist, und gleichgültig sei es in der Regel, ob dieser sich von selbst verstehende Irrthum unter die Kategorie des erroris in jure oder in facto falle, so ist man dennoch, wenigstens noch zur Zeit, nicht befugt, darum den Gerichtsbrauch zu tadeln. Denn nachdem thatsächlich derselbe Jahrhunderte lang, die Maxime, nur sich selbst als die Quelle für Erkenntniss des objectiven Rechts gelten zu lassen, gewissermaassen zu seinem Lebensprincipe gemacht hat, so verfiele diejenige Rechtspflege, welche in nur gedachter specieller Beziehung auf einmal dem Röm. Rechte conforme Ansichten befolgen wollte, in das allerschlimmste, was einer Rechtspflege zustossen kann, in eine Inconsequenz, die nur dann vermieden bliebe, wenn der Gerichtsbrauch vorher mit sich selbst darüber wäre einig geworden, dass ihm überhaupt eine durchgreifende Reformation Noth thue, nur er allein die Reformation herbeizuführen eben so fähig als berufen sei, endlich auch Einverständniss hinsichtlich der desfalls zu beobachtenden Methode herrschte, als welche ich versucht habe nach bestem Wissen und Gewissen darzustellen. Bis es dahin gekommen, bestreite ich von dem practischen Standpunkte aus — und einen entscheidenderen andern erkenne ich überhaupt in der Jurisprudenz nicht an — keine opinionem fori in anderer

Absicht als der, derjenigen Gestaltung des Gerichtsbrauches vorzuarbeiten, die sich bilden wird, sobald derselbe über die von ihm zu befolgende Methode bestimmte und heilsam durchgreifende Grundsätze wird angenommen haben. Wie würde nun wohl bei „der wichtigen und bestrittenen Frage“ — m. s. v. S. am a. O. S. 447. — „ob die condictio indebiti nicht blos durch einen factischen Irrthum sondern auch durch einen Rechtsirrthum könne begründet werden“ der Gerichtsbrauch zu Werke gehn, den ich mir in Aussicht stelle?

Wäre von den Rechtslehrern im Allgemeinen angenommen und lehrten also auch die juristischen Schulen im Allgemeinen, was nach meiner Meinung das Röm. Recht in gedachter Hinsicht sagt, so könnte der Gerichtsbrauch, der es alsdann jederzeit eben so würde gehalten haben, sich dennoch nicht überhoben der Mühe achten, auch bei Befolgung dieser Lehre Selbstcritik zu üben, würde aber sie sehr bald abgethan haben, indem er die Ueberzeugung fasste, dass die Frage, ob jene Lehre wohl auch verdiene beibehalten zu werden, ein Seitenstück zu der in den Xenien nach Pufendorfs Autorität entschiedenen Rechtsfrage bilde. Allein die Sache steht ganz anders. Nicht nur hat in der allerneusten Zeit v. S. erklärt „entschieden müsse er die Frage verneinen,“ sondern es hat derselbe, insofern seine Erklärung allein wenig erschütternd auf die Solidität der Praxis einwirken möchte, „hierinne auch“ in n. a. S. 447. nachgewiesenermaassen „die grössere Zahl namhafter Rechtslehrer auf seiner Seite.“ Wie würde unter diesen Umständen der von mir in Aussicht gestellte Gerichtsbrauch verfahren?

Erstlich würde er zu bescheiden sein, um die eigentliche Gelehrsamkeit irgend einer Autorität abzusprechen, die von Cujacius bis Merlin und zuletzt bis zu v. S. herab verneint hat, dass in vorliegender Hinsicht die allgemeine Regel factischen Irrthum dem Rechtsirrthume gleich stelle. Allein gerade die bedeutende Zahl eigentlicher Gelehrter, die früher sich nach und nach zu Vertheidigern der Meinung von S.'s aufgeworfen haben, müsste abschrecken, sich derselben ohne streng geübtes eignes

Urtheil anzuschliessen. Denn wie derjenige, welcher nicht abgeneigt wäre ein Haus zu kaufen, schlecht von dessen baulichem Zustande überzeugt wird, wenn man ihm die Reihe berühmter Werkmeister herzählt, welche von Zeit zu Zeit dasselbe mit Strebepfeilern und stützenden Balken versehn haben, so erregt auch die literarhistorische Notiz, dass Cujacius, Donellus, Voetius und Cocceji, so wie eine Menge bei v. S. mit Stillschweigen übergangener Rechtslehrer immer und immer wieder dessen Meinung verfochten haben, gerechtes Bedenken gegen die Solidität derselben. Ein klar ausgesprochener Rechtssatz, welcher wirklich verdient ein Rechtssatz zu sein, weil er so wahr ist als das Recht überhaupt, der wirkt in nicht zu langer Zeit mit geistiger, so unwiderstehlich siegender Gewalt, dass eine offenbare Absurdität beginge, wer, zu dessen Vertheidiger sich aufwerfend, die Möglichkeit dagegen aufsteigender Zweifel annähme. Welche Mühe und Anstrengung anfänglich möge darauf verwendet worden sein, einem solchen Rechtssatze Eingang zu verschaffen, nach einer gewissen Zeit geht er zuverlässig, weil er selbst Saft und Kraft in sich hat, in succum et sanguinem der Praxis über, die alsdann in der unbefangenen Sicherheit, womit man sich eines jeden eigentlichen geistigen Besitzthumes erfreut, den Namen desjenigen, ohne den sie dieses Besitzthumes entbehrte, bald eben so vergisst, wie kaum irgend ein Arithmetiker, der einen Bruch durch eine multiplicirende Operation dividirt, den Mathematiker zu nennen vermag, der zuerst die mathematische Gesetzmässigkeit dieser Operation entdeckte. So, um ein hier sehr nahe liegendes Beispiel zu gebrauchen, ist es in der Jurisprudenz ganz unbestritten, dass wer vergleichsweise bezahlt, was bei endlichem Austrage der Sache kein Urthelsverfasser dem Gegner würde zugesprochen haben, nicht condictionem indebiti anstellen dürfe. Wäre dieser Rechtssatz, wie es ihm gleich hundert andern hätte widerfahren können, uns in Fragmenten überliefert worden, die ihn nur verunstaltet und verstümmelt erkennen liessen, dergestalt dass erst später ein gesunder juristischer Verstand

ihn wieder hätte in Integrität setzen müssen, so würde diese Autorität, grade in Folge der Tüchtigkeit ihrer Leistung, gewiss eben so vergessen worden sein, als alle hier einschlagende Fragmente überaus selten und fast nie in der Praxis citirt werden. Denn wozu belegen was zu bezweifeln ohnehin niemandem einfallen kann? Eine Wahrheit, eine wirkliche Wahrheit und richtig von Cujacius dargestellt, würde vielleicht die Selbstüberzeugung der juristischen Zeitgenossen nicht überwältiget haben, allein sie wäre gewiss und wahrhaftig nicht in der Lage, dass jemand heute noch für sie in die Schranken treten könnte. Bei allen ihren Mängeln ist dazu doch allzuviel Capacität in der Praxis. Also würden jene Autoritäten, auf welche v. S. zunächst fusst, bei einem nach verbesserten Principien sich construirenden Gerichtsbrauche der Wirkung verfehlen. Das zunächst liegende zwar nicht unbedingt entscheidende, selten aber trügende Criterium, nach dem der Werth eines Rechtssatzes zu prüfen ist, setze ich, oben gerechtfertigtermaassen, darein, dass er dem Gefühle des Unbefangenen zusagt, bei Betrachtung desselben uns nicht der Zweifel befällt, ob er nicht, unbeschadet des Rechtszustandes, ganz aufgegeben oder doch modificirt werden könnte. Niemand aber wird bestreiten, dass wenn einmal die Römer eine condictio indebiti annahmen, ein gewisses Befremden entsteht, warum diese condictio auf die aus einem factischen Irrthum gezahlte Nichtschuld sei beschränkt worden. Auch wird man sich leicht über den Grund dieses Befremdens klar. Bescheidet sich gleich die Jurisprudenz nur auf entfernt approximative Weise Sittlichkeit in den socialen Verhältnissen herstellen zu können, so entwürdigt sie sich doch, wenn sie einen Rechtssatz, auf dessen weiteste Anwendung die Sittlichkeit Anspruch macht, ohne alles äusserliche Hemmniss in beschränkter Ausdehnung anwendet. Das alles passt genau auf den vorliegenden Fall. Unsittlich ist es, unsittlich ist es im höchsten Grade wissentlich anzunehmen, was ein andrer uns irrthümlich als schuldige Zahlung leistet; welcher Art und wie leicht oder schwer nur immer des Zahlenden Irrthum gewesen sei. Die im Gebiete der Jurisprudenz, in

dieser wie in vielen ähnlichen Hinsichten nicht minder zart, meistens viel zarter als wir fühlenden Römer verstatteten in solchen Fällen condictionem furtivam; denn sagten sie: furtum facit, quum quis indebitos nummos sciens accepit. (l. 18. de condict. indebiti. — 13. 2. —)

Ganz in der Ordnung ist es demnach, oder scheint es wenigstens, dass wenn die Nichtschuld erst nach der Zahlung erkannt ward, die Römer alsdann condictionem indebiti gaben. Denn obschon die Bezeichnung condictio furtiva hier nicht passte, wo des Zahlenden Verlust ohne alle thatsächliche Mitwirkung des Empfängers war herbeigeführt worden, so ist doch nicht zu leugnen, dass wie derjenige ehrlos gleich einem Diebe handelt, welcher wissendlich ein indebitum annimmt, nicht viel besser derjenige handelt, welcher, nachdem der Irrthum entdeckt ist, nicht wieder herausgeben will, was er früher bei gleicher Kenntniss nur als Schelm hätte annehmen können. Also scheint die Jurisprudenz gegen die Sittlichkeit und was am allerwenigsten der Jurisprudenz wohl ansteht, auch noch gegen die Consequenz zu verstossen, wenn sie die condictio indebiti auf den factischen Irrthum beschränkt. Von dieser Ansicht ausgehend wird der gebildete Gerichtsbrauch zunächst sich an das Röm. Recht wenden, nicht um unbedingt es so zu halten, wie es vor sechzehn Jahrhunderten die classischen Juristen gehalten haben, sondern um mit grösserer Beruhigung der eignen Ansicht zu folgen, wenn er sich überzeugen sollte, jene Distinction sei nicht allgemeine Regel des Röm. Rechts, oder, wenn sie es wäre, wo möglich den Grund davon zu entdecken, indem es recht wohl möglich ist, dass der feiner ausgebildete juristische Sinn der Alten wesentliche Unterschiede da wahrgenommen hat, wo unsere stumpfere Praxis nicht vermag sie wahrzunehmen.

§. 2.

Das Röm. Recht in angegebener Beziehung.

Obschon ich in dem ersten Aufsatze des dritten Bandes der Rechtsfälle die in Frage stehende Materie um-

ständlich behandelt und das Resultat am Schlusse des Aufsatzes auf kurze bestimmte Sätze zurückgeführt habe, so scheint es dennoch unthunlich auf dort befindliche Deductionen hier zu verweisen, wo der neue und eigenthümliche Zweck vorliegt, rein das Röm. Recht so darzustellen, wie es nöthig ist, um sowohl die Form der Darstellung als das Dargestellte mit v. S.'s Verfahren und den von ihm gegebenen Resultaten vergleichen zu können. Damit verbinde ich zugleich den andern von der Tendenz gegenwärtiger Schrift bedingten Zweck, an einer umfassenderen Materie anschaulich zu machen, wie unentbehrlich dem Gerichtsbrauche das Studium des Röm. Rechts ist, sobald er zu gründlich durchgebildeten Rechtsansichten vordringen will. Es wird sich ergeben, dass die allgemeinste Ueberzeugung, eine Schlechtigkeit sei es, mit demjenigen sich bereichern zu wollen, was ein anderer aus irrigen Bewegsgründen aufgegeben hat, jedenfalls nicht unter allen Umständen die condictio indebiti zu einem Rechtsbedürfnisse macht.

§. 3.*)

Zu l. 1. und l. 11. C. de cond. indebiti. — 4. 5. —

Während überall, wo es auf Ermittelung des Röm. Rechtes ankommt, der Codex nur von untergeordneter Wichtigkeit ist, tritt in vorliegender Beziehung das umgekehrte Verhältniss ein. Keines von allen den zahlreichen, auf condictio indebiti in dem betreffenden Titel der Pandekten sich beziehenden Fragmenten giebt eine Antwort darauf, ob der Kläger den Irrthum als Klagegrund oder

*) Da es mir darauf ankommt zu zeigen, wie ein auf Basis verbesserter Maximen sich neu organisirender Gerichtsbrauch zuerst nach eigner Ueberzeugung mit dem Röm. Rechte abschliessen müsste, bevor er, um schlechterdings nichts zu verabsäumen, was ihm zu Belehrung und zu Berichtigung der eignen Ueberzeugungen dienen möchte, sich an die juristische Literatur wendet, so lasse ich zwar vor der Hand alles bei Seite liegen, was die uns bei v. S. gegebenen Belehrungen selbst anlangt, schliesse jedoch nichts von §. 3. aus, was sich schon hier im Einzelnen über v. S.'s Auffassung dieser und jener der einschlagenden Stellen sagen lässt.

der Beklagte die entgegenstehende Wissenschaft als Ausflucht zu beweisen habe. Eben so verhält es sich mit den Pandektentiteln de juris et facti ignorantia und de probationibus. Solcher Pandektenstellen, die einen gewissen durchgreifenden Ausspruch zu enthalten scheinen, finden sich hier zwei. Die erste im Titel de juris et facti ignorantia (22. 6.) enthaltene*) gewährt kein sicheres Anhalten. Dies aus mehreren Gründen: erstlich, es giebt unzählige verschiedenartige Fälle, wo die Frage eintreten kann, ob ein Irrthum schädlich oder unschädlich, ob er das eine oder das andere sei, je nachdem er als error in jure oder in facto erscheint. Woher wissen wir, der Verfasser des Fragmentes habe hier auch an die solutio indebiti gedacht? Ausreichender Grund dies zu bezweifeln ist folgender: die condictio indebiti ist nur eine besondere Gattung derjenigen Klagen, welche die Römische Terminologie unter dem generischen Namen condictio sine causa begreift, indem die indebiti solutio offenbar sine causa erfolgt. Desfalls verweise ich auf Bd. 1. Num. S. 294. flgde. So angesehn wäre nicht der Irrthum, sondern das sine causa dedisse das Wesentliche, bei der condictio indebiti zunächst Entscheidende und das Fragment verstattete gar keine Anwendung auf die vorliegende Frage. Zweitens ist eben dieses Fragment viel zu unbestimmt, um als objective Rechtsnorm zu gelten.

Voran steht der Satz juris ignorantia non prodest. Dann folgt die Relation der Meinung Labeo's, welcher die Schädlichkeit der juris ignorantia beschränkt habe auf die Fälle, wo weder eigene Rechtskunde noch die leichte Zugänglichkeit eines Rechtsgelehrten den Irrthum hätte vermeidbar machen können.

Nach diesen verbis relativis, die also an und für sich selbst nichts entscheiden, folgen des Paulus, des Verfassers der Stelle, verba dispositiva: quod raro accipien-

*) l. 9. §. 3. juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia; quod raro accipiendum est.

dum est. Der grammatischen Stellung nach können sie zweideutig sein. Entweder beziehen sie sich nur auf die zunächst vorhergehenden verba relativa: ut cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia und besagen: selten darf man annehmen, der error juris sei vermeidbar gewesen, oder sie beziehen sich auf den gesamten beschränkenden Ausspruch des Labeo und erklären, dass demselben nur selten, nur Ausnahmsweise Anwendung zu geben sei, was einen andern, ganz entgegengesetzten Sinn giebt.*) Angenommen die letzte Erklärung ist die richtige, indem in Vergleich mit andern bekanntesten Stellen die erste allerdings sich als zu anomal darstellt, so fehlt es doch an allen und jeden Criterien, nach denen sich normiren liesse, wieweit denn nun eigentlich Labeo's limitirender Ausspruch anderweit von Paulus limitirt und also die Schädlichkeit des Rechtsirrthumes in ungeschwächter Wirkung solle erhalten sein.

Die zweite hierher gehörige Stelle findet sich in l. 25. pr. de probat. (22. 3.)**). Ich habe in Bd. III. §. 13.

*) Erstere Auslegung wäre die grammatisch ungezwungenste; unmöglich aber kann ich beistimmen, wenn v. S. eine wie die andere S. 334. flgd. u. k. verwirft und „als einfacher und natürlicher" eine dritte annimmt, über die er sich also ausspricht: „Einfacher und natürlicher ist aber die dritte Erklärung, nach welcher Paulus nicht die Meinung des Labeo bestreitet, sondern ihre Anwendbarkeit näher bestimmt. Denn eigentlich liegt in der Behauptung des Labeo der umgekehrte positive Satz, dass selbst der Rechtsirrthum zulässig sei, da wo er nicht einmal durch Erkundigung vermieden werden könne. Diesen Satz nun will Paulus nicht bestreiten, er bemerkt nur, dass der darin vorausgesetzte Fall nur selten angenommen werden könne, der Satz selbst also von keiner erheblichen Anwendung sei."

Da ich nicht vermag den Sinn dieser Auslegung zu fassen, so bin ich natürlich auch ausser Stande derselben beizustimmen.

**) Quum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum, res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem approbaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit; per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam

u. 14. S. 39. flgd. gezeigt, dass dieses jedenfalls nicht nur nach meiner, sondern auch nach Wyssenbachs Meinung interpolirte und zwar ungeschickt genug interpolirte Fragment in dem pr. einen einleuchtenden Sinn nur dann gewährt, wenn wir dasselbe nicht von Zahlung einer Nichtschuld im Allgemeinen, sondern von Berichtigung einer Schuld verstehen, hinsichtlich welcher es ungewiss sein kann, ob sie materiell existirte, während sie formell z. B. in Gestalt einer stipulatio oder cautio indiscrete loquens*) allerdings vorhanden war. Indess von allem, was ich dort gesagt habe, will ich hier ganz abstrahiren. Soviel ist gewiss, sobald wir l. 26. pr. cit. nude crude gelten lassen und dabei annehmen, was niemand bestreitet, dass es eine condictio indebiti giebt, die statt hat, wenn errore facti ist gezahlt worden, diese Annahme ein offenbarer Irrthum wäre, gleichviel ob wir die Nichtexistenz der Schuld, zu deren Tilgung das Gezahlte bestimmt war und ausserdem noch den Irrthum als Klagegrund ansehn oder zum Klagegrund nur die Nichtexistenz der Schuld und dagegen die den Irrthum ausschliessende Kenntniss zur Exception machen. Denn eines von beiden muss der Fall sein, sobald wir sagen: ejus quod ob errorem solutum est, repetitio datur. Dass die Stelle zu keiner von beiden Voraussetzungen stimmt, leuchtet ein. Denn, nachdem sie auf sehr einleuchtende und zusagende Weise erklärt hat, wenn es sich um Wiedererstattung einer Zahlung handle, womit nach Behauptung des Klägers eine Nichtschuld solle berichtiget worden sein, und der Em-

accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem, non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat; qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat; et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus pater familias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse, et ideo eum, qui dicet indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

*) Bei uns in Gestalt schriftlichen Versprechens, nach Wechselrecht eine gewisse Summe zahlen zu wollen.

pfänger gegen die Wahrheit den Empfang geleugnet habe, alsdann solle er zur Wiedererstattung gehalten sein, daferne er nicht beweisen würde, die erst von ihm geleugnete, dann aber von dem Kläger bewiesene Zahlung sei bestimmt gewesen, eine wirklich existirende Schuld zu tilgen, verordnet eben diese Stelle weiter: wenn der Beklagte die Zahlung empfangen zu haben einräume, alsdann streite die Präsumtion dafür, dass keine solutio indebiti erfolgt sei; denn — und das wird niemand bestreiten — niemand wirthschafte mit so blinder Sorglosigkeit, dass er sein Geld durch das Fenster werfen möchte; dies lasse sich niemals und besonders dann nicht annehmen,*) wenn der Condicirende ein studiosus pater familias sei. Da man aber jede Präsumtion durch einen ihr entgegenstehenden Beweis vernichten kann, so erwartet man, weiter werde die Stelle verordnen, der Condicirende solle beweisen, dass die Schuld nicht existire, jene Präsumtion täusche. Das aber verordnet sie nicht, sondern es soll der Condicirende beweisen quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum solverit. Solchergestalt würde die Zahlung des indebiti nicht an sich die Zurückforderung begründen, sondern nur entweder die in Folge eines dolus von Seiten des Empfängers erfolgte Zahlung, welchergestalt die condictio indebiti völlig mit der actio doli zusammenfiele, was ganz gegen den Inhalt der Quellen liefe: oder, insofern sie ausserdem nur propter justam ignorantiam statt fände, wäre sie eine Art von restitutio in integrum, was sie nach den Quellen nicht ist, die unbedingt den error überhaupt und im Allgemeinen für ausreichend zur Condiction erklären, denselben — Beispiele weiter unten — für ausreichend dazu unter Umständen erklären, wo es kaum möglich ist an dessen Möglichkeit zu glauben, wie denn auch die alsbald näher zu betrachtende l. 1. C. de condictione indebiti absolut nur den Beweis des indebiti fordert, ohne Voraussetzung auf Seiten des Empfängers hinzugekommenen dolus, oder,

*) Die Worte maxime si ipse etc. anders zu verstehen, halte ich sprachlich für eine Unmöglichkeit.

auf Seiten des Zahlenden hinzugekommener justa ignorantia. Also ist auch aus l. 25. pr. cit. wenigstens noch zur Zeit schlechterdings keine Belehrung zu entnehmen.

In l. 1. de condict. indebiti (4. 5.)*) gelangen wir zu einem festen Anhaltungspunkt. Hier, sehen wir, soll solutio errore facta condicirt werden. Allein das Beweisthema, welches in der Stelle vorgeschrieben wird, beschränkt sich auf Ausführung des Satzes: es ist mehr gezahlt worden, als die wirkliche Schuld betrug. Nach dieser Stelle wird durch den Beweis der indebiti solutio mittelbar oder indirect zugleich auch der Irrthum als Bedingung der Condiction dargethan. Wie hier nicht die mindeste Andeutung sich findet, dass die allgemeine Bezeichnung error nur auf eine Gattung desselben zu beziehen sei, so prädicirt auch in Hinsicht auf die condictio eine Stelle der Pandekten ausdrücklich von dem errore juris das nemliche, was sie von dem error facti sagt. M. s. l. 54. de condict. indeb. (12. 6.) ex his omnibus causis quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit. Ein error facti ist es in buchstäblichem Sinne des Wortes, wenn ich zahle, weil mir unbekannt geblieben ist, effectum non esse secutum, und buchstäblich ein error juris ist es, wenn ich zahle ex causa, von welcher ich nicht weiss, jure eam non valuisse. Eben so macht l. 65. pr. eod.**) in Worten, welche keinen Zweifel übrig lassen, sie wollten eben so generell verstanden sein, als sie es ihrer Fassung nach sind, das indebitum zum Fundamente der Condiction, nicht dabei unterscheidend,

*) Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa judicati, solutae esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris patrem tuum, cui heres extitisti, amplius debito creditori suo persolvisse, repetere potes. Usuras autem ejus summae praestari tibi frustra desideras, actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est.

**) In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est, dari aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter conditionem, aut ob rem, aut indebitum, in quibus omnibus quaeritur de repetitione.

welcher Art der auch hier ohne Weiteres vorausgesetzte Irrthum könne gewesen sein.

Giebt nun an sich betrachtet l. 1. C. cit. uns die Gewissheit, mit dem Beweise der solutio indebite facta sei zugleich der Irrthum bewiesen und nun der Prozess gewonnen auf eine Art, die jede Frage nach der Natur des Irrthums ausschliesse, so lehren doch auch zahlreiche Stellen der Rechtsbücher, dass, sobald gewiss und liquid ist, mit Wissen und Willen sei indebite gezahlt worden, alsdann die condictio hinwegfalle und es wiederholt diese Lehre sowohl in dogmatischer als casuistischer Form sich die häufigsten Male. Nun ist es aber doch seltsam, dass Niemandem und auch v. S.'m. nicht eingefallen ist, wie auf diese Weise das Röm. Geschäftsleben in einem wunderbaren Lichte erscheint. Zufolge welcher Idiosynkrasie kann sich so häufig bei den Römern ereignet haben, was während einer zwanzigjährigen Praxis, in welcher stete fast überreiche Gelegenheit zu practischen Erfahrungen gegeben war, mir noch nie vorgekommen ist? Was man nicht schuldig ist, was man weiss, dass man es nicht schuldig sei, das zahlt Niemand blos um es zu zahlen. Er muss dazu einen besonderen Bewegungsgrund haben. Dieser kann nur der animus donandi oder transigendi sein. Dass die Römer in Form einer indebiti solutio geschenkt, so häufig geschenkt hätten, dass dadurch erklärlich würde, wie Nichtschulden so häufig bei ihnen wären absichtlich bezahlt worden, als nach den Pandekten unverkennbar der Fall war, das ist ein für allemal nicht glaublich. Dagegen kann allerdings ein Vergleich und also ein sehr häufig vorkommendes Ereigniss, die Form wissentlicher Bezahlung einer Nichtschuld annehmen. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, gewinnt die solutio indebiti a sciente facta eine bisher unerkannte Bedeutung und überaus wichtig ist in dieser Hinsicht l. 11. C. eod.*). Auffallend ist,

*) Pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverint pecuniam, certamen legumlatoribus incidit, idne, quod ancipiti animo persolverint, possint repetere, an non. Quod nos decidentes, san-

dass v. S. über den Beweis bei der condictio sprechen kann, ohne dieser Stelle und damit in Zusammenhang stehender weiter unten citirter Pandektenstellen auch nur mit einer Sylbe zu erwähnen. Wer den Quellen gemässe, aus diesen unmittelbar geschöpfte Belehrung geben wollte, der, scheint es, durfte nicht jene Stellen übersehn. Denn jedenfalls sind sie wichtig für die vorliegende Lehre, mögen sie nun in dem von mir angenommenen oder in einem andern Sinne zu verstehen sein. In l. 11. cit. verordnet Justinian: künftighin solle man diejenigen Zahlungen condiciren dürfen, die man, wie er sich ausdrückt, mente titubante gemacht habe. Solche Zahlungen sollen nicht praesumtionem transactionis gegen den Zahlenden begründen. Der Beklagte, welcher sich nur auf titubante animo erfolgte Zahlung zu beziehen vermöge, müsse direct den animum transigendi beweisen. Wenn nun aber Justinian hinsichtlich der titubante animo erfolgten Zahlung causam transactionis zu präsumiren verbietet, in solchem Falle directen Beweis der Transaction verlangt, so liegt auf der Hand, dass früher bei animo titubante erfolgter Zahlung animus transigendi präsumirt war; war aber dies der Fall, so trat die nämliche Annahme auch dann ein, wenn gezahlt worden war, ohngeachtet der Ueberzeugung von Nichtexistenz der Schuld. Dass es dem Begriffe eines Vergleiches nicht entgegenläuft zu Vermeidung Prozesses und rechtlicher Entscheidung die Forderung voll zu berichtigen, das ist — m. s. l. 65. §. 1. cod. — bekannt, und nicht überraschend ist es, wenn der Zahlende in der subjectiven Ueberzeugung, nichts sei er schuldig, keine Gewähr findet, gleiche Ueberzeugung werde auch in dem Richter entstehen*). Die Richtigkeit dieser Ansicht findet Bestätigung darinne,

cimus, omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, vel aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari, et praesumtionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.

*) So gewinnt auch l. 4. C. eod. an Fasslichkeit. Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi juris est. Sed et si cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponatur, condictioni locum non esse, constat.

dass nur durch sie folgende sonst unerklärliche Momente wohl erklärlich werden.

a) Als Dieb gilt den Römern, wer wissentlich ein indebitum annimmt. Beim ersten Blicke scheint daraus zu folgen, dass wer später erfährt, indebite habe er etwas erhalten, auch alsdann noch unbedingt zur Rückgabe verbunden werde. Das aber liefe den Quellen entgegen, die alles auf des Zahlenden Wissen oder Nichtwissen zur Zeit der Zahlung setzen. Obige Ansicht erlediget den Gegensatz zwischen den Quellen und dem, was das Rechtsgefühl zu erheischen scheinet, auf eine Weise, die dem letzteren zur Berichtigung dienet. Denn was Jemand ex causa transactionis erhalten hat, das muss ihm bleiben, sobald nur diese causa transactionis wirklich obgewaltet hat.

b) Befremdend ist die Vorschrift in l. 65. §. 2. eod*). Auch hier hat der Geber sein Geld weggeworfen, auch hier ist das Motiv ein error, ein error in facto, wegen dessen so viele Stellen die Condiction geben. Jetzt verschwindet dieser Anstoss. Denn hier, wo überhaupt keine Verbindlichkeit vorlag, kann auch nicht danach gefragt werden, ob man animo transigendi oder nicht animo transigendi gezahlt habe. Mit dieser Vorfrage fällt aber auch ihre mögliche Consequenz, die condictio indebiti weg.

Wie bei obiger Ansicht noch eine grosse Anzahl anderer Stellen, mit denen v. S. sich vergeblich abmüht, dieselben in seinem Sinne auszulegen, sich in die einleuchtendesten Aussprüche umwandeln, davon, sobald erörtert sein wird, was ich in einen besondern Paragraphen verweise.

§. 3.

In welcher Maasse wird die der Condiction entgegenstehende Kenntniss ermittelt?

Zum Oeftersten sagen die Quellen: indebitum a sciente solutum condici nequit. Demnach musste diese scientia

*) Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.

in Folge einer condictio indebiti mit der Wirkung können zur Sprache kommen, dass dadurch die condictio vereitelt ward. Die Frage danach, in welcher Modalität die scientia zur Sprache kommen und liquid werden konnte, stösst auf Schwierigkeiten, die im ersten Augenblicke der Betrachtung unauflöslich scheinen. Hierbei müssen wir sorgfältig verweilen, weil eben diese Schwierigkeiten einen anderweiten neuen Gesichtspunkt eröffnen. Aus meinem Verständnisse der l. 1. C. cit. und alle dem, was ich zu Unterstützung desselben gesagt habe, folgt: dass sobald die solutio erwiesen ist, damit indirect auch der Irrthum bewiesen, schlechterdings bewiesen und der Prozess gewonnen ist. v. S. stimmt mir hierinne nur zum Theil bei. Zwar sagt er S. 166: „wenn die Frage streitig ist, ob eine Schuld vorhanden war oder nicht, so soll in der Regel der Zurückfordernde das indebitum, also indirect auch den bei der Zahlung vorgekommenen Irrthum beweisen.“ Allein wir lesen vorher S. 465. — die gleiche Totalansicht zieht sich durch seine gesammte Betrachtung des Irrthums — „wo der Irrthum überhaupt hilft — welches in der Regel nur von dem factischen gilt — da wird zugleich sein Dasein von selbst angenommen.“ Hieraus folgt, den indirect durch probatio indebiti bewiesenen error betrachtet er als error facti *).

*) Jedenfalls kann ich dieser Meinung nicht widersprechen, insoweit sie mir beistimmt und schon die theilweise Beistimmung erfreut mich, weil sie ein neues Gewicht gegen die unlängst noch im Druck angenommene Meinung derjenigen Praxis bildet, welche hartnäckig sich das Ansehn giebt, als glaube sie bei einer indebiti solutio wirklich so lange an den animus donandi als der Condicirende nicht den Irrthum beweist. Diese wenigstens partielle Beistimmung rechtfertiget v. S. mit den Worten: „der Grund wird darin gesetzt, dass nicht leicht jemand so unvorsichtig sein werde, sein Geld, wenn er nichts schuldig ist, wegzuwerfen.“ Seltsamer Weise citirt er aber hierzu das pr. der l. cit. 25. de probat. welches grade das Gegentheil besagt. Hier — weiter unten S. 394. wird über die Vereinigung dieser Stelle mit l. 1. C. cit. das Nöthige sich finden — soll ja der Irrthum nicht aus der indebiti solutio gefolgert werden, sondern um deswillen weil sein Geld niemand wegwerfe, jede Zahlung als debita solutio angesehn werden, bis nicht, dass sie aus Irrthum sei bewirkt worden, erwiesen

Bleiben wir zunächst bei v. S.'s Ansicht stehn. In welcher Form könnte hier gegen den Kläger die ihm schädliche scientia facti zur Ausführung, in welcher Form die demselben, nach v. S.'s Ansicht, in der Regel schädliche ignorantia juris zur Sprache kommen? Jene könnte nie zur Ausführung kommen. Denn mit der indebiti solutio war der error facti bewiesen, wie denn auch die Römer — Beispiele davon weiter unten — in den concreten Fällen sichtbarlich lieber an die grösste Gröblichkeit des Irrthums auf Seiten des Condicirenden, als an wissentliches Zahlen eines indebiti geglaubt haben. Die schädliche ignorantia juris käme aber auch nie zur Sprache. Denn der erwiesene error facti schlösse die Möglichkeit eines erroris in jure aus, da man nur über richtig erkannte Thatsachen in juristischer Hinsicht irren kann. Somit drehte sich alles um Beweis der solutio indebiti und die schädliche scientia facti, die eben so schädliche ignorantia juris wären bei der condictio indebiti nichtige Vorstellungen.

Nicht viel Besseres scheint sich meiner Ansicht nachrühmen zu lassen. Denn haben die Römer gesagt, mit der solutio indebiti ist der error allemal indirect bewiesen, und haben sie hier nicht zwischen error juris und facti unterschieden, so haben sie jedenfalls letzteren auch mit gemeint und hieraus träte gegen mich ganz die nämliche Argumentation ein, die ich eben gegen v. S. vorbrachte.

ist, indem dolus accipientis oder besondere den Irrthum glaublich machende Umstände dargethan werden. Der Beweis des dolus läuft auf directen Beweis des Irrthums hinaus und ebenso der Beweis der justae ignorantiae causa. Denn justa ignorantiae causa ist nur dann dargethan, wenn Umstände vorliegen, welche die Annahme nothwendig oder doch zu einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit machen, die Möglichkeit der Kenntniss sei ausgeschlossen gewesen. Die n. b. S. 466. klärt nicht auf, wie v. S. die l. 25. cit. zu solchem Zwecke habe citiren können. Er sagt: „Hier erscheint die justa ignorantiae causa, die anderwärts als Bedingung eines zulässigen nicht völlig verwerflichen Irrthums vorkommt, zugleich als Grund dessen Dasein anzunehmen, und dieses ist practisch um so wichtiger, als der Irrthum ein innerer Zustand ist, der nur selten und zufällig durch unmittelbaren Beweis dargethan werden kann."

Allein meiner Ansicht verbleibt in diesen Schwierigkeiten ein Ausweg, welcher natur- und sachgemäss ist, den die Quellen rechtfertigen, und der zugleich auch in Hinsicht auf die condictio indebiti der Römer tüchtigen praktischen Sinn in ein neues Licht setzt, während die Ansicht v. S.'s, — er selbst ist sich dessen nicht bewusst geworden — festgerannt bleibt in der Unmöglichkeit, dass bei der condictio indebiti jemals scientia facti, jemals ignorantia juris evident und wirksam werden könne. Man bemerke, dass das blosse Wissen als etwas rein subjectives kaum geeignet scheint ein Verhältniss zu modificiren, ohne dass es zugleich in Verbindung mit demselben zur Erscheinung gekommen ist, sich in und mit diesem Verhältnisse als etwas darauf Influirendes, dasselbe Bestimmendes sinnlich wahrnehmbar ausgesprochen hat. Einseitig kann man nicht transigiren. Dies flösst meinem Vertrauen auf den Scharfsinn und die Consequenz Römischer Juristen die Ueberzeugung ein, dem einseitigen, nicht gegenüber dem Empfänger ausgesprochenen Wissen legten sie keine dem Transacte gleiche Wirkungen bei, und finde nunmehr es rationell, dass der Condicirende ohne Erfolg klagte, sobald ihm exceptivisch und bewiesenermaassen entgegenstcht: er habe gezahlt, ob schon er in Verbindung mit der Zahlung erklärt, er sei überzeugt, er glaube, dass er nichts schuldig sei. Dieser directe Beweis des Beklagten stand nicht in dem indirecten des Klägers entgegen. Liess einerseits die Zahlung des indebiti an sich keine andre Voraussetzung zu als den Irrthum, so sprach in dieser Erklärung der Kenntniss und dem demohngeachtet erfolgten Zahlen sich auf das bestimmteste der animus transigendi aus.

Hiernächst leuchtet ein, dass man gegen denjenigen der erklärt hat, er wisse oder glaube, nur diese Erklärung, nicht auch die factischen Momente zu beweisen braucht, welche sein Wissen oder Zweifeln können veranlasst haben.

Dass dies den Quellen gemäss sei, beweise ich durch l. 23. pr. eod. Eleganter Pomponius quaerit, si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo, cui heres

est, vel ab eo, qui procurator est, et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni? Et ait, repeti posse, ex falsa enim causa datum est. Nach Pandektenrechte und vor Justinians obangezogener Verordnung trat gleiche Wirkung ein, es mochte a sciente oder titubante animo gezahlt worden sein. Demohngeachtet giebt pr. cit. die Condiction demjenigen, welchem die suspicio beiwohnte, er zahle indebite. Das bleibt ein unerklärlicher Widerspruch, wenn wir nicht annehmen, dass die suspicio, die ja doch gewiss titubantem animum erzeugte, etwas gleichgültiges, nur dann der animus transigendi durch sie documentirt war, wenn in Verbindung mit der Zahlung sich der Wille kund gegeben hatte, trotz der suspicio zahlen zu wollen. Man wird einwenden, so stehe es, den practischen Werth anlangend, hinsichtlich meiner Theorie nur zum Theil besser als um die v. S.'s; denn auch unter solchen Umständen sehe man nicht, wie bei der condictio indebiti eine schädliche ignorantia juris zur Sprache und in Wirksamkeit hätte kommen können, was ja den Quellen nach allerdings auch der Fall muss gewesen sein. Diesen Anstoss wird §. 4. (m. s. S. 393. flgde.) beseitigen. Vor der Hand bemerke ich, dass bis hierher es nach Röm. Recht also steht:

Den Klagegrund, welcher durch Beweis indebite erfolgter Zahlung vollständig bewiesen ist, elidirt der Beklagte vollständig, wenn er seinerseits beweist, ausdrücklich oder thatsächlich sei von dem Zahlenden in Hinsicht auf die Zahlung erklärt gewesen, er halte dazu sich nicht für verbunden. Meine in den vorhergehenden Abhandlungen umständlich auseinandergesetzten Ansichten des Röm. Rechts bringen es mit sich, dass ich das nächste und stärkste Argument für die Richtigkeit der theoretischen Auffassung eines Bestandtheiles seiner Praxis gegeben glaube, wenn diese Auffassung dem Rechtsbedürfnisse zusagt, das sich bei dem Nichtjuristen in jedem concreten Falle als Rechtsgefühl, bei dem Juristen, insoweit er nicht theoretisch ausgebildet ist, als dasjenige aus-

spricht, was man juristischen Tact nennt*). Ausgehend von dieser Ansicht, welche Thibaut mit mir theilt, stelle ich folgenden, in der Sächss. Praxis nicht selten vorkommenden Fall, und appellire an eines jeden Rechtsgefühl oder juristischen Tact mit der Frage, ob er wünschen wird, den Fall anders als nach meiner Theorie beurtheilt zu sehen?

Eine Gemeinde verklagt ihren Rittergutsbesitzer negatorie und verlangt, es solle demselben das prätendirte Befugniss abgesprochen werden, von jedem der Gemeindemitglieder alljährlich ein gewisses Frohngeld zu erheben. Der Beklagte verliert den Prozess, weil er die Befugniss zu dieser Erhebung nicht beweist und er wird condemnirt sich der unbefugten Forderung zu enthalten. Nunmehr, wo es gewiss ist, er hat und hatte kein Recht Frohngelder zu fordern, bringen die einzelnen Gemeindemitglieder bei, wieviel ein jeder von ihnen im Laufe der letztverwichenen Jahre an Frohngeld bezahlt hat. Die solutio, die solutio indebiti ist erwiesen und darum würde ich ohne weiteres den Rittergutsbesitzer in die Wiedererstattung verurtheilen, als entschieden gewiss annehmend, dass nur falsche Auffassung der Verhältnisse (l. 32. cit. quum per imprudentiam solverit, condicere... poterit) die Kläger zur Zahlung bestimmt habe. Bewiese aber der Rittergutsbesitzer, dass er mit Einzelnen über frühere Zahlungen sich verglichen, so würde ich ihn hinsichtlich dieser absolviren, den Vergleich aber auch dann annehmen, wo gewiss wäre, die Zahlenden hätten nicht ignorantia oder imprudentia, sondern blos in der Absicht bezahlt, der Forderung ein Ende zu machen und das müsste ich annehmen, sobald sie vorher erklärt hätten, überzeugt wären sie, die Forderung sei unbegründet. Jedoch auch dies lies ich ihnen unschädlich sein, wenn sie — l. 2. pr. eod. —**) sich ausdrücklich vorbehalten

*) Sehr bedeutend und beachtenswerth ist es, dass in vorzüglichen Advocaten, die meistens noch weniger als die Richter im Stande sind, sich mit juristischer Gelehrsamkeit anzufüllen, der juristische Tact in besonders ausgezeichnetem Grade waltet.

**) Si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum, vel

hätten, nur einstweilen mit Vorbehalt aller und jeder Rechtszuständigkeit gezahlt haben zu wollen.

Diese Betrachtungweise ist so einfach, so sachgemäss, dass die Röm. Praxis sich zu ihr durcharbeiten konnte ohne Gesetzgebung. Wir verlangen unter andern auch in Hinsicht auf die condictio indebiti nach einheimischer Gesetzgebung, weil uns das in Justinians Compilationen zu einer babylonischen Sprachverwirrung umgeschaffene Röm. Recht nicht die einfache Wahrheit in einfachen Worten ausspricht und die Literatur vor lauter profunder Gelehrsamkeit jene Sprachverwirrung homöopathisch durch anderweite, nur noch voluminösere Sprachverwirrung zu heilen sucht.

§. 4.

Fortsetzung.

Nun der nöthige Nachtrag, um zu berichtigen was §. 3. unerledigt gelassen hat.

Die Frage nach der ignorantia und scientia solventis ist jedenfalls nocht nicht vollständig erschöpft. Obschon wer erklärtermaassen wissentlich und darum transigendi animo gezahlt hat, in der Regel nicht repliciren kann, ich habe geirrt, sei es nun in facto oder in jure, welchergestalt denn in diesem Sinne allerdings die ignorantia juris dem Condicirenden schadet, erleidet doch auch diese Regel partielle Ausnahmen, welche übersichtlich werden durch folgende Betrachtung:

Wer schlechthin vergleichsweise zahlt, verzichtet auf weitere Erörterung des Factischen sowohl als der Rechtsregel, unter welche man jenes zu subsumiren habe. Hingegen sobald die Partheien von gegenseitig festgestellten und als gegeben angenommenen factischen Grundlagen bei dem Vergleiche ausgingen, so haben sie nur de jure nicht auch de facto transigiret, denn als gewiss sahen sie das factum an, als ungewiss nur die Rechtsregel, unter die es zu subsumiren sei. Findet sich nun

Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit; negotium enim contractum est inter eos.

aber, dass in dem Kreise der Thatsachen, welche vermeintlich das Verhältniss abschlossen, hinsichtlich dessen sie de jure transigirten, irgend etwas ist übersehen worden, wodurch das Verhältniss eine andere juristische Gestalt annimmt, alsdann beruht der Vergleich auf einem Irrthume und er ist nichtig. Hier und unter solchen Umständen kann speciell über scientia facti, ob sie vorhanden gewesen sei oder nicht, Streit entstehn, hier kann die scientia speciell als scientia facti schaden, hier wie überall, wo man einen Transact umstossen will, auch bei der condictio indebiti, dolus adversarii und justa ignorantiae causa eine Rolle spielen, hier endlich kann die ignorantia speciell als ignorantia juris in Frage treten, wird dann aber in der Regel allemal schaden, denn die ignorantia juris ist in der Regel kein Grund, aus dem man einen Vergleich umstösst.

Ich wende mich zu v. S.'s Ansichten, nachdem ich vorher die meinigen in folgenden Sätzen recapitulirt habe.

1) Anlangend den Klagegrund kennen die Römer bei der condictio indebiti keinen Unterschied zwischen error juris und facti, dies um deswillen nicht, weil der Irrthum überhaupt keinen integrirenden Bestandtheil des Beweisthema's bildete und also auch kein Platz gegeben war, wo der Irrthum als error juris oder error facti hätte characterisirt werden können.

2) Die scientia, exceptivisch dargethan von dem Beklagten, elidirte den Beweis des Klagegrundes, allein auch hier war kein Platz gegeben, um zwischen scientia juris und facti zu unterscheiden. Denn der Exceptionsbeweis hatte allemal zum Gegenstand das e r k l ä r t e Wissen des Gegners, weshalb denn jede Erörterung der Elemente dieses Wissens hinwegfiel. Hieraus erklärt sich wie die Quellen ohne weitere Unterscheidung sagen können, das errore datum wird condicirt, nicht aber das a sciente datum.

3) Erst in Hinsicht auf die Replic kam der Unterschied zur Frage, indem unter besondern Umständen die Exception des Beklagten durch Beweis des erroris in facto, dagegen aber in der Regel nie durch Beweis des error in

jure konnte beseitiget werden. Hieraus erklärt sich, wie in andern Stellen die Unschädlichkeit des Irrthums auf error facti beschränkt wird.

Dass in den Pandekten die Unterscheidung jener drei Parthieen des Prozesses nirgends und also auch nicht bei der condictio indebiti uns anschaulich mit ihren Folgen wird, das ist sehr wohl begreiflich und erklärlich. Materiel finden sie sich überall, wo es einen Prozess giebt. Nur bei uns aber treten in dem Gange des Prozesses diese Parthieen formell gesondert auseinander. Man erinnere sich, wie die Römer mit dem Worte exceptio peremtoria von Haus aus einen auf dem obsoleten Unterschiede von jus civile und prätorischen Rechte beruhenden andern Sinn, als wir verbanden.

§. 5.

v. S.'s Behandlung der Quellen in Hinsicht auf den error in jure und den in facto hinsichtlich der condictio indebiti.

Das Fehlerhafte in dem Verfahren v. S.'s liegt darinne, dass er sich nicht gefragt hat, was Jemanden bestimmen könne wissentlich ein indebitum zu bezahlen. Hätte er das gefragt, so würde er, weil sie die einzige mögliche ist, sich die Antwort gegeben haben: nur die Absicht vergleichsweise zu bezahlen, lasse sich annehmen und zwar auch dann nur, wenn die Zahlung in der von mir geschilderten Form erfolgt ist. Alsdann würden die Natur der Sache und in dem Röm. Rechte enthaltene Fingerzeige zu der Ueberzeugung geleitet haben, dass in den beiden Parthieen eines Prozesses, die den Beweis des Klagegrundes und der Ausflucht herzustellen bestimmt sind, von Nichtwissen in dem ersten gar nicht und von Wissen zwar allerdings in dem zweiten die Rede sein könne, aber auch hier nicht von einem auf factum oder jus sich beziehenden Wissen, sondern nur von einem erklärten Wissen, man sei schuldig, endlich error in jure oder in facto nicht eher, als in der dritten durch eine Replic bedingten Parthie des Prozesses zur Sprache kom-

men könne, wo dann allerdings die ignorantia juris in der Regel schädlich sei. Statt dessen sagt v. S. nude crude: schädlich ist der error juris, unschädlich der error in facto, ohne zu bedenken, dass in solcher Allgemeinheit bei der condictio indebiti beides gar nicht mit einander gehen und stehen kann. Denn wenn, wie auch v. S. ganz richtig annimmt, mit dem Beweise der solutio indebiti auch der dem Kläger helfende error facti bewiesen und der Prozess gewonnen ist, so bleibt ja, wie schon gedacht, gar kein Platz für die dem Kläger schädliche ignorantia juris. Sollte Beklagter dieselbe als exception beweisen, so müsste er vor allen Dingen Klägers scientiam facti beweisen, denn nur hinsichtlich richtig erkannter Thatsachen kann man über das dadurch gegebene Verhältniss in jure irren. Allein mit des Beklagten directem Beweise, der Kläger habe das factum gekannt, würde des letzteren indirecter Beweis, er habe es nicht gekannt, vernichtet werden; nun wäre der Prozess für Beklagten gewonnen, ohne dass nur das mindeste über ignorantia juris in Frage käme, nicht zu gedenken, dass nach Gesetzstellen wie l. 32. §. 1. cit. die Römer ohne Hinzutritt anderweiter Umstände schlechterdings nichts von einer scientia facti hören und wissen wollten, sobald jemand indebite gezahlt hatte, und also dem Beklagten jenen directen Beweis gegen des Klägers indirecten, in der solutio indebiti liegenden nicht hätten verstatten können. Hier hat also jedenfalls die in v. S.'s Person repräsentirte Literatur eine Theorie aufgestellt, mit welcher die Praxis nichts, schlechterdings gar nichts anzufangen vermag. Es wird sich aber auch zeigen, dass diese Literatur die Quellen theils gemisshandelt, theils ignorirt hat, um die unpractische Theorie als die quellengemässe darzustellen. Meiner Theorie nach zerfallen die hier einschlagenden Stellen in folgende Classen: in solche

a) welche von Unschädlichkeit des error

b) von Schädlichkeit der scientia reden, jene wie diese mit Recht zwischen factum und jus um deswillen nicht unterscheidend, weil an diese Verschiedenheit des Objectes sich knüpfende verschiedene Wirkung des Irrthums nicht nothwendig bei der condictio indebiti eintritt,

sondern nur eventuell, bedingt von der Möglichkeit, dass Klagegrund und Exception liquid vorliegen, die Entscheidung aber noch von einer Replic des Klägers abhängt. Die dritte Classe besteht aus Stellen, welche

c) den error in facto für unschädlich, den error in jure für schädlich erklären. Meiner Theorie liegt in diesen nichts dem Obigen Widersprechendes. Wir können und es können die Quellen dem einen Nichtwissen schädliche Wirkungen beilegen und dem andern sie absprechen, jedoch nur für denjenigen Fall, wo des einen und des andern gegenseitige Verschiedenheit zur Sprache kommt, was bei dem error juris und facti nur bedingterweise, nur unter der besonderen Voraussetzung möglich ist, dass der Prozess bis zur Erörterung einer Replic vorschreitet, während die Stellen der ersten und zweiten Art sich auf Fälle beziehn, wo zwar error und scientia, niemals aber diese oder jene Gattung derselben zur Sprache kommen konnten. Dagegen muss v. S. die erste Classe von Stellen auf error in facto beschränken, und diejenigen Stellen, wo das indebitum offenbar ex ignorantia juris gezahlt worden ist, dennoch aber die condictio gegeben wird, so um- und entstellen, dass der error juris zum error in facto wird.

Uebel ist ihm dies schon um deswillen gelungen, weil er sich die Mühe gar zu leicht gemacht, in Num. XXXVIII. S. 460.—465., wo ein Verzeichniss von Stellen gegeben ist, in denen, seines Erachtens, die entgegenstehende Meinung irrigerweise den error juris als unschädlich angesehen findet, Stellen hinweggelassen hat, wie l. 43. de cond. ind.*) und l. 26. §. 1. eod.**). Nehmen wir nicht an, dass jemand, so zu sagen, das Wort im Munde vergessen und solchergestalt in facto irren könne, so war

*) Si quis jurasset, se dare non oportere, ab omni contentione disceditur; atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est.

**) Supra duplum autem usurae, et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt; et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae.

Es wäre nicht schwer das Verzeichniss solcher Stellen zu vermehren.

in l. 43. cit. nur error in jure möglich. Ist es etwas anderes als error in jure, Zinsen nach widerrechtlich hohem Fusse zu bezahlen? Auch solchenfalls wird condictio gegeben. Dies über die Vollständigkeit, mit welcher v. S. die Quellen behandelt hat. Nun über die Gründlichkeit und Willkührlosigkeit bei Behandlung der von ihm am a. O. citirten Stellen.

1) l. 1. pr. ut in possess. (36. 4.) *). Die Satisdationen, welche zu Sicherstellung der Legate und Fideicommisse in Uebung waren, konnten erst dann von dem Testator dem Erben erlassen werden, als in l. 2. C. eod. — 6. 54. — ein Rescript des Marc Aurel dies statthaft gemacht hatte. Unkundig dieses Ausspruches — jus ignorans — hatte ein Erbe Satisdation geleistet; es wird ihm Condiction gegeben. v. S.'s vermeintliche Beseitigung dieser Stelle könnte ich auf sich beruhen lassen **). Evident wird sie niemand finden und nach den zunächst vorhergehend von mir citirten Stellen jedermann unrichtig die Behauptung

*) Si quis, quum vetitus esset satis accipere, acceperit an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui jus ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse. Quid deinde, si commissa sit stipulatio? fidejussores putamus exceptione uti posse, an non? et magis est, ut, utantur exceptione, quia ex ea causa intercessit satisdatio, ex qua non debuit.

**) S. 461. „Auf den ersten Blick ist es einleuchtend, wie schüchtern und zweifelnd der Jurist seine Meinung vorbringt, gleichsam versuchsweise; daran ist also wohl nicht zu denken, mit dieser einzelnen Aeusserung die vielen entschiedenen Aussprüche für die entgegengesetzte Meinung zu entkräften."

S. 462. „Ich erkläre die zweifelnde Aeusserung Ulpians aus der Natur des vorliegenden Rechtssatzes. Dieser enthält eine Abänderung des früheren Rechtes, nicht etwa durch eigentliches Gesetz begründet, sondern durch practisches Bedürfniss herbeigeführt, und in dem Rescript eines Kaisers anerkannt, das ja kein Gesetz war, ungeachtet der Aufnahme in die Semestria. Es konnte also als ungewisses Recht betrachtet werden, und in dieser Sachlage konnte ein billiger, nachsichtiger Prätor wohl Grund finden, den Rechtsirrthum als unverschuldet anzusehn, und daher die cond. indebiti zu gestatten."

„eigentlich sei nur l. 1. pr. cit. von einiger Erheblichkeit“ für die Unschädlichkeit des Rechtsirrthumes.

Also nur soviel: „an eine schüchterne, zweifelnde, gleichsam versuchsweise vorgebrachte Meinung glaube ich in keiner Stelle eines alten Juristen. Das benigne lässt sich ganz anders erklären. Condictio indebiti ist eine Gattung der condictio sine causa, die gar keinen reellen Zweck hat, wo eine Verbindlichkeit ist übernommen worden, deren Erfüllung dem Promittenten keine Vermögensminderung zuzieht. Bin ich ex testamento gehalten ein Legat oder Fideicommiss zu bezahlen, so liegt an und für sich selbst nichts benachtheiligendes darin, wenn ich die Zahlung dem Legatar oder Fideicommissar mittelst anderweiten besondern Geschäftes garantire und insoweit fehlt es an einem Interesse die neue Verbindlichkeit zu condiciren. Eventuel kann aber ein solches Interesse auftauchen; denn wenn ich 1000 Thlr. zu zahlen verspreche, weil soviel legirt ist, so kann es dem Legatar einfallen, soviel zu fordern, auch wenn der später sich ergebende Nachlassbestand nicht genug zur vollen Zahlung der Legate übrig lässt. Sehr wohl möglich, dass Ulpian diese billige Rücksicht will genommen wissen. Mag ich schon selbst die Richtigkeit dieser Auslegung nicht verbürgen, so scheint sie mir doch mehr innern Halt zu haben, als die v. S.'s.

2) Sei es, dass man in l. 17. §. 10. ad municip. (50. 1.) *) und in l. 16. §. 14. de publicanis. (39. 4.) **) — letzere Stelle fiele wohl am besten von allen heutigen privatrechtlichen Betrachtungen aus — an einen error facti glauben könne, gewiss ist dies nicht möglich bei

3) l. 16. §. 2. de minor. (4. 4.) ***). Zuerst der Fall:

*) Error ejus, qui, se municipem aut colonum existimans, munera civilia suscepturum promisit, defensionem juris non excludit.

**) Si quid autem indebitum per errorem solventis publicanus accepit, retro eum restituere oportere, Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

***) Pomponius quoque refert libro vicesimo octavo, quum quidam heres rogatus esset, fratris filiae complures res dare ea conditione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi, et haec defuncto herede heredi ejus cavisset se restituram, Aristonem putasse

ein Erbe sollte, darum in dem Testamente des Erblassers ersucht, der Nichte desselben gewisse Sachen unter der in dem Testamente ausgesprochenen Bestimmung übergeben, dass wenn die Nichte ohne Kinder verstürbe, das Fideicommis an ihn, den Erben, zurückfallen solle. Der Erbe stirbt vor jener Nichte und hatte also den Rückfall des Fideicommisses nicht erlebt, auf das also auch sein anderweiter Erbe keinen Anspruch hat. Dennoch leistet die Nichte diesem Caution dafür, dass an ihn nach ihrem kinderlosen Ableben das Fideicommis zurückfallen solle. Der Fall ist, wohlzumerken, so klar und einfach auseinandergesetzt, dass nichts in dieser Hinsicht zu wünschen übrig bleibt. Wie entschieden die Röm. Juristen hier, wo vor aller Augen der error in jure evidentest vorliegt? Sie entschieden also: die minorenne Nichte könne Wiedereinsetzung in vorigen Stand fordern; deren es jedoch nicht bedürfe, denn in gleichem Falle würde jeder Majorenne die Condiction haben: per condictionem munitus est. Nun lese man selbst, was v. S. zu dieser Stelle sagt, nachdem er vorher erklärt hat, wie in l. 17. §. 10. cit. könne hier ein factischer!! Irrthum statt gefunden haben*). Sichtbarlich ist das munita in den alten Ausgaben ein Druckfehler oder ein Schreibfehler in der abgedruckten Handschrift. Auf ziemlich gleiche Weise verfährt

4) v. S. mit l. 10. C. de cond. indebiti. (4. 5.)**). Es

in integrum restituendam. Sed et illud Pomponius adjicit, quod potuit incerti condici haec cautio etiam a majore; non enim ipso jure, sed per condictionem munitus est.

*) M. s. S. 463. „Wahrscheinlich Irrthum über den Inhalt oder die Auslegung des Testamentes. So ist wenigstens die Stelle nach dem Justinianeischen Recht auszulegen; der Verfasser der Stelle, Ulpian, wollte wohl sagen, diese Frau würde auch nach ihrer Volljährigkeit durch die Condiction geschützt sein, weil nämlich zu seiner Zeit die Frauen auch durch den Rechtsirrthum nicht leiden konnten. Man muss dann am Ende der Stelle lesen: munita (anstatt munitus) welches auch durch sehr alte Ausgaben unterstützt wird."

**) Si quis servum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, et, quum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, dubitabatur, cujus rei daretur a legibus ei repetitio, utrumne servi an

war alternativ eine Summe Geldes oder ein Sclave versprochen und beides von dem Schuldner gegeben worden. Darüber war man einig, eins von beiden müsse zurückgegeben werden. Nur darüber stritt man und nur das blieb dem Justinian zu entscheiden, ob des Gebers oder des Empfängers Wahl bestimmen solle, was zurückzugeben sei. Die verzweifelte Consequenz, mit der v. S. die Condiction allüberall von Beantwortung der Frage abhängig macht, ob aus factischem oder aus Rechtsirrthum das indebitum gezahlt worden sei, flösst ihm den Muth ein, die Stelle für abgethan mit den Worten zu halten: „auch hier ist ein Rechtsirrthum nicht nothwendig vorauszusetzen, der Inhalt oder die Auslegung der Stipulation konnte zweifelhaft sein, besonders wenn die Erfüllung nicht von dem ursprünglichen Schuldner, sondern von dem Erben ausging.“ Wie in aller Welt war es möglich dieses wenn zu wagen? Sagt denn die Stelle nicht im allerdeutlichsten Latein, dass die Erfüllung von dem Versprechenden ausging? Man möchte glauben, sie habe v. S'm. in einer Ausgabe vorgelegen, welche den Text des Eingangs in ganz andern als in folgenden Worten enthielt: si quis servum aut quandam quantitatem promiserit et utrumque solverit.

5) l. 38. pr. de condict. indeb. Dies Fragment habe ich S. 168.—178. zu interpretiren gesucht, weil zwar daran v. S. in dem 1sten Bande Bemerkungen geknüpft hat, die mir eine Erörterung zu verdienen schienen, dort jedoch eben so wenig als hier, wo die nämliche Stelle seinen Ansichten von der condictio indebiti soll eingestellt werden, eine Interpretation gegeben oder auch nur

pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat hujus rei facultatem? Et Ulpianus quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit, et tam Marcellum, quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat, qui et ante, quam dependat, ipsam habeat electionem, quod velit praestare; et hujus sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Julianum, summae auctoritatis hominem, et praetorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis haec decidentibus Juliani et Papiniani sententia placet, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit.

erklärt hat, dass er sich dieser oder jener bereits vorhandenen Auslegung anschliesse. So befremdend dies scheinen kann, so wahrhaft merkwürdig sind die wenigen Worte, womit er dies Fragment abthut, dies nicht durch ihre Kürze, sondern durch den darin enthaltenen Ausspruch, dass der die Subsumtion der Thatsache betreffende Irrthum die Natur eines factischen Irrthumes habe*). Man könnte den unten zu lesenden Ausspruch, weil derselbe mancherlei Deutungen zulässt, in einem unverfänglichen Sinne verstehn, allein ebendaselbst verweist v. S. auf Num. I. S. 326.—327. und hier zeigt es sich — buchstäblich werde ich dies nachweisen — dass er einen die Subsumtion der Thatsache betreffenden Irrthum sowohl von dem error juris als dem error facti unterscheidet, denselben aber in Folge vermeintlicher Autorität der Quellen als error facti behandelt, wie dies alles weiter unten sich zeigen wird. Hier scheint es mir nun durchaus nöthig vor allen Dingen eine Frage aufzuwerfen, die v. S. nicht aufgeworfen hat, nemlich die, ist bei der condictio indebiti, ja ist überhaupt in der Jurisprudenz es logisch möglich, den Irrthum, sobald dessen Object den Eintheilungsgrund abgiebt, anders als in den Quellen geschieht, einzutheilen, nämlich dreigliedrig, anstatt zweigliedrig, blos in error juris et facti? Darum folgende nothgedrungener Weise etwas weitausholende Bemerkungen:

So wie der Richter, welcher bona fide einen Beklagten verurtheilt, den er von der Klage entbinden und loszählen sollte, dies in Gestalt eines Syllogismus thut, dessen Fehlerhaftigkeit er nicht erkennt, eben so zahlt man irrthümlich ein indebitum in Folge eines solchen Syllogismus, der zwar drei Bestandtheile hat, von denen aber nur zwei, die propositio major (der Rechtssatz) und die minor (die species facti) einen Irrthum enthalten können. Der dritte Bestandtheil, die Conclusion, kann nie an und für sich selbst ein Irrthum, kann nur unrichtig sein, der objectiven Wahrheit entbehren, wenn major oder

*) In dem hier beurtheilten Falle betraf der Irrthum nicht die Rechtsregel, sondern die Subsumtion einer Thatsache und hatte daher die Natur eines factischen Irrthumes."

minor irrig waren; an und für sich selbst aber kann er nie irrig sein. Denn jeder Irrthum ist die falsche Auffassung von etwas objectivem oder als ein objectives gedachtem, wogegen die Conclusion in einer rein subjectiven Operation des Geistes besteht, die, nach den unabänderlichen Gesetzen des Denkens, einen Socrates und einen Domitius zu gleicher Ueberzeugung zwingt, sobald der eine die nemlichen Vordersätze gelten lässt, die der andre hat gelten lassen. Aus alle dem dürfte einleuchten, dass wer eine indebita solutio in Folge erroris in facto oder in jure oder auch nach einer dritten Gattung des Irrthums annimmt, entweder an die Möglichkeit glaubt, dass die Conclusion anstatt zwei, manchmal drei Vordersätze haben könne, oder die Richtigkeit der Conclusion nicht durch die Wahrheit der major und der minor, in vorligender Beziehung des Rechtssatzes und der species facti, für bedingt und absolut garantirt erachtet.

Nun zu v. S.'s dies alles verkennenden Behauptungen. Nach untenstehender Einleitung*) fährt er also fort: „man unterscheidet den Rechtsirrthum und den factischen Irrthum. Der Rechtsirrthum hat zum Gegenstande eine Rechtsregel, also das objective Recht; der factische Irrthum bezieht sich auf die juristischen Thatsachen, d. h. auf die thatsächlichen Bedingungen einer Rechtsregel**)." „Von beiden" heisst es weiter, „lässt sich noch derjenige Rechtsirrthum unterscheiden" (somit existiren deren drei, denn wo ich in einem genus zwei Gattungen und ausserdem noch eine unterscheiden kann, da existiren deren drei) „welcher in der unrichtigen Subsumtion der

*) „Der Mangel richtiger Vorstellung von einem Gegenstand lässt sich auf zweierlei Weise denken: entweder als blosse Bewusstlosigkeit in Beziehung auf denselben, oder als falsche Vorstellung, welche die Stelle der wahren eingenommen hat. Den ersten Zustand nennen wir Unwissenheit, den zweiten Irrthum. Die juristische Beurtheilung ist für beide Zustände völlig dieselbe, und darum ist es gleichgültig, welchen von beiden Ausdrücken man gebraucht. Bei unsern Juristen ist der zweite gebräuchlicher, weil der Irrthum häufiger als die blosse Unwissenheit bei Rechtsverhältnissen in Betracht kommt."

**) Nicht die Rechtsregel, sondern ihre Anwendung ist von Thatsachen bedingt.

Thatsache unter die Rechtsregel enthalten ist. Sehen wir nun auf dessen innere Natur, so müssen wir ihn als factischen Irrthum anerkennen." Das ist falsch, weil es bereits demonstrirtermaassen unmöglich wahr sein kann *).

„Da jedoch," so lehrt v. S. weiter, „unsre Rechtsquellen nur jene beiden Arten des Irrthums anerkennen, so muss bestimmt werden, welcher derselben dieser dritte Fall hinzu zu rechnen ist." Angenommen es könnte solch einen dritten Irrthum geben, so beschränkte sich das, was man deshalb müsste, auf das Ueberzeugtsein, dass den Röm. Juristen keine practische Logik beigewohnt habe und die wissenschaftliche Jurisprudenz den dadurch entstandenen Verkehrtheiten nachzuhelfen habe, nimmermehr aber dürfte sich die Wissenschaft noch schlimmer versündigen als die Röm. Praxis, zum error juris oder facti zählen, was weder error juris noch facti wäre und naturwidrigerweise das Dreigliedrige zu einem Zweigliedrigen zusammenschneiden.

Wollte v. S. hier und in den darauf folgenden **)

*) Zum Ueberflusse will ich die Falschheit auch noch an einem concreten Falle demonstriren.

major und Rechtssatz:

wer in eines andern Güter succedirt, hat die darauf lastenden Schulden zu bezahlen:

minor und species facti:

X. Legatar des Y. ist in einen Theil seines Vermögens succedirt.

Conclusio:

er hat verhältnissmässig des Y. nachgelassene Schulden zu bezahlen.

Die Subsumtion der minor ist darum falsch, weil in der major der Rechtsirrthum nicht zwischen successio universalis und particularis unterscheidet. v. S. der die falsche Subsumtion zu einer besondern Gattung des Irrthums macht, sieht also das, was von zwei Gattungen eines genus die eine Gattung bewirkt, als eine dritte Gattung desselben genus an.

**) M. s. 327. u. 328. „Denn die Rechtsregel ist als das Feste, unabänderlich Gegebene anzusehn; unsre Aufgabe ist es, die einzelnen Elemente der Thatsachen, theils durch Zergliederung, theils durch Verbindung, dergestalt zu einem Ganzen zu bilden, dass die feste Rechtsregel auf dasselbe anwendbar erscheine. Wir mögen nun in der unmittelbaren Auffassung des Geschehenen selbst irren, oder in dieser Ausbildung desselben durch unser Denken, so ist es doch im-

Worten etwas Wahres, die Rechtsansichten und das Verständniss der Quellen Förderndes sagen, so hätte er bemerken sollen, dass die falsche Subsumtion des Thatsächlichen auch auf dem Irrthum in Hinsicht eines Satzes beruhen könne, der nicht diejenige major ist, unter welche das Thatsächliche in dem gegebenen Falle subsumirt wurde, welcher Fall eintritt, wenn unabhängig von der vorliegenden major, dem Subjecte der minor ein juristisch derselben nicht zukommendes Prädicat beigelegt wird. Alsdann würde v. S. erkannt haben, dass diese falsche Prädicirung immer ein Rechtsirrthum sei, wie dies untenstehendes Beispiel erläutert*). Statt dessen findet er (nur so werden mir seine Worte erklärlich und dass dies seine eigentliche Meinung sei, das wird weiter unten sich

mer die Erkenntniss der Thatsachen, worüber wir irren, mithin der Irrthum selbst ein factischer. So ist es also aus dem inneren Wesen der Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel erwiesen, dass der auf sie bezügliche Irrthum als ein factischer, nicht als ein Rechtsirrthum betrachtet werden muss."

*) Lucius zahlt ein Legat, das nicht in der Form errichtet ist, die im Allgemeinen zu gültiger Errichtung eines Legates erfordert wird, indebite an eine Anstalt, dazu bestimmt durch folgenden Syllogismus:

a) frommen Stiftungen beschiedene Legate erfreuen sich einer privilegirten Form;

b) das der frommen Stiftung P. von meinem Erblasser beschiedene Legat ist in solcher Form errichtet. Also

c) zahle ich das Legat an die Stiftung aus.

Das thut er indebite, wenn die Stiftung keine pia causa ist. Das Irrige liegt hier in dem falschen Prädicate pia causa, das der Anstalt P. beigelegt ist. Jedes Prädicat aber ist ein Urtheil, jedes Urtheil ist im weitern Sinne ein Syllogismus, im engern dessen Conclusion. Hier haben wir in dem Prädicate pia causa nur die Conclusion. Diese Conclusion ermangelt der objectiven Wahrheit in Folge des Irrthums in einer propositio major eines Rechtssatzes, weil Lucius also räsonnirt hat:

a) die Kennzeichen X. und Y. machen eine Anstalt zu einer pia causa,

b) die Stiftung P. vereiniget in sich die Kennzeichen X. und Y.

Hier ist in jure geirrt, wenn ausser den Kennzeichen X. und Y. auch das Kennzeichen Z. erforderlich war. Dagegen wäre in facto geirrt, wenn die propositio major alle drei Kennzeichen setzte und die minor sie in P. annähme, obschon eines daran fehlte.

noch mehr darlegen) in der juristischen falschen Prädicirung des Factischen, nach von ihm angenommener Autorität der Röm. Juristen, um deswillen einen factischen Irrthum, weil es die falsche Prädicirung von etwas factischen ist. In Folge dieser grundfalschen Prämissen, wird er mit den Stellen, wo der evidenteste error juris der condictio indebiti nicht schadet, sehr leicht fertig, indem er darinne einen error facti erblickt.

Pflegte v. S. die Quellen mit gewissenhafter Acribie zu behandeln, so hätte er in l. 2. de juris et facti ignorantia ein Fragment erkannt, wo allerdings einmal von einem Röm. Juristen, dem Neratius, die falsche juristische Prädicirung des thatsächlichen Verhältnisses facti ignorantia genannt wird. Hier sagt Neratius: „das jus kann und soll sich in abgeschlossener Objectivität darstellen. Das jus kann also jedermann kennen. Dagegen mislingt selbst dem Klügsten die facti interpretatio gar häufig.“ Darüber folgendes: Jede interpretatio setzt die Erkenntniss des zu Interpretirenden voraus, also setzt das Fragment scientia facti voraus. Was kann nun aber interpretatio eines erkannten factischen Verhältnisses sein? Gewiss nichts anderes, als die beurtheilende Auffassung des Factischen, die uns in den Stand setzt dessen juristische Bedeutung festzustellen*). Von dieser Bemerkung des Neratius, die allerdings den nemlichen Fehler begeht, den hier sich v. S. hat zu Schulden kommen lassen, lässt sich aber gar keine Anwendung auf die condictio indebiti machen, bei der vielfältig gezeigtermaassen gar nicht danach gefragt wird, wie gross oder gering die Incapacität und der Mangel an juristischer Beurtheilungsgabe sei, aus der die Zahlung eines indebiti kann erklärlich werden**). v. S. aber versteht unter facti interpretatio so

*) Dies ist durchaus analog der juris interpretatio, der Auffassung des Sinnes und der Bedeutung eines Rechtssatzes, durch die wir in den Stand gesetzt werden, alles ihm Fremdartige davon auszuscheiden, alles darunter zu subsumiren, was wirklich darunter begriffen ist, alle Consectarien des Satzes zu entwickeln.

**) Einen practischen vortrefflichen Sinn giebt das Fragment, wenn wir es auf die Ausübung des richterlichen Amtes beziehen. Für

viel als facti scientia und also unter fehlgreifender facti interpretatio so viel als ignorantia facti und sagt demnach S. 333. „Der Grund der günstigen Behandlung des factischen Irrthums wird darin gesetzt, dass es oft schwer, ja unmöglich ist ihn zu vermeiden. Hieran knüpft sich aber sogleich die natürliche Beschränkung, dass er Demjenigen nicht zu gut kommen soll, welcher sich dabei in einer groben Nachlässigkeit befindet.“ Ist es wohl denkbar, dass Röm. Juristen der alles umstürzenden Ansicht könnten gewesen sein: der error facti dürfe nicht schaden, weil in der Regel Niemandem zuzumuthen sei, hinlänglich genau von den ihn interessirenden thatsächlichen Verhältnissen unterrichtet zu sein? Dass von allen den Stellen, die hier v. S. citirt, um zu beweisen, dass Niemandem grob verschuldete ignorantia facti nütze, sich keine einzige auf die condictio indebiti beziehe und jede wirklich nur andre, von den Voraussetzungen dieser weit abliegende Verhältnisse betrifft, das versteht sich von selbst.

Die in der angegebenen Beziehung bei v. S. n. d. S. 333. citirten Fragmente sind erstlich l. 3. §. 1. l. 6. und l. 9. §. 2. de juris et facti ignorantia. Jedenfalls kann aus diesem Titel keine Theorie der gedachten Materie entnommen werden, die in ihrer Allgemeinheit auch Anwendung auf die condictio indebiti verstattete. Es stellt die Entscheidung über eine solche Klage gar nicht die Erörterung des Vorhanden- oder Nichtvorhandenseins eines Irrthumes der einen oder der andern Art an die Spitze, sondern lässt eine solche Erörterung nur eventuell eintreten. Bei den übrigen dort angezogenen Fragmenten, l. 11. §. 11. de interrogat. l. 3. pr. ad SC. Macedonianum. l. 15. §. 1. de contr. emt. l. 14. §. 10. l. 55. de aedil. edict. und l. 3. §. 7. und 8. so wie l. 4. quod vi.

einen Richter, der ein Gesetz ignorirt hat, giebt es keine Verantwortung. Niemand aber kann ihn um deswillen zur Rechenschaft ziehen weil er das in den Acten vorliegende Rechtsverhältniss falsch prädicirt hat. Votirende Urthelsverfasser, deren jeder vollkommen des andern Meinung ehrt, werden demohngeachtet häufig sich nicht über das juristische Prädicat vereinigen, das sie einem Verhältnisse beilegen sollen.

lassen schon die Rubriken der Titel, aus denen sie entnommen sind, hinreichend erkennen, dass es ganz unausführbar ist, nach ihnen die Beurtheilung des error auf allgemeinste Abstractionen zurückzuführen, welche von dem Vorkommen des Irrthums bei interrogationibus in jure, dem Kauf u. s. w. absehende und dennoch zuverlässige Resultate gestatteten. Ueberhaupt ist es ein leidiger Fehlgriff der juristischen Literatur, welche die ächt römische, allerdings nur formelle, allein höchst practische Systematik der Institutionen des Gajus und also auch der Justinianeischen aufgebend, Irrthum, culpa, Willenserklärung und ähnliche Materien an sich und absolut theoretisch nach Röm. Rechte betrachten will, obschon alles, was darüber in Schriften der alten Juristen gesagt ist, um deswillen, weil kein Röm. Jurist diese Begriffe in abstract isolirender Theorie behandelt hat, allemal nur in besondrer Hinsicht auf eine Gattung von Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen gesagt war, und dahin einschlagende allgemeine Aussprüche der Quellen es nur scheinbar sind, weil der Compilatoren, um des Muretus Ausdruck zu gebrauchen, incogitantia, jene Aussprüche aus dem ursprünglichen, sie beschränkenden Zusammenhange gerissen hat. Das Ergebniss ist unausbleiblich allemal kein anderes, als dass die neueren Theorien durchaus unerspriesslich für die Praxis bleiben. Auch v. S. erkennt zwar nicht dies Ergebniss, wohl aber das Thatsächliche in dem von mir so eben bemerkten Grunde jenes Ergebnisses an, indem er — S. 342. u. 343. — in Beziehung auf den vielfach in den Quellen ganz allgemein hingestellten Satz: nulla voluntas errantis est *) bemerkt, dass wenn derselbe eine allgemein durchgreifende Wahrheit wäre, es keiner doli exceptio bedurft hätte, die nur in Folge besonderer Veranlassung des Irrthumes herbeiführe, was nach jenen Stellen überall der Irrthum an sich scheine bewirken zu können, weshalb denn zu Beseitigung dieses Widerspruches, die Bedeutung jenes Aus-

*) l. 15. de praed. (2. 1.) l. 2. pr. de judicat. (5. 1.) l. 20. de aqua pluv. (39. 3.) l. 116. §. 2. de R. J. (50. 17.) nicht zu gedenken gleichartiger Stellen des Codex.

spruches in beschränkende Gränzen müsse zurückgeführt werden*). Ist es nun aber wohl keine Verwirrung stiftende Inconsequenz, nicht als allgemeinen Ausspruch gelten zu lassen, was die Rechtsbücher in Form eines solchen enthalten und dagegen zu allgemeinen Aussprüchen zu erheben, was sie ausdrücklich nur in beschränktem Sinne gelten lassen? Diese Inconsequenz ist das Erbtheil aller neueren Rechtssysteme. Ich wende mich zu näherer Betrachtung desjenigen zurück, was v. S. in Verbindung mit der l. damnata frater a fratre (38. de cond. indebiti) sagt, wobei ich denselben weiten Weg verfolgen muss, den er zu diesem Ziele nimmt. Nachdem er, gezeigtermaassen unrichtiger Weise, die falsche Subsumtion der Thatsache unter die Rechtsregel zum error in facto gemacht, von dem er aus Misverständniss der l. 2. de juris et facti ignorantia behauptet, die Römer hätten geglaubt, in der Regel müsse man ihn entschuldigen, weil man gnügende Kenntniss factischer Verhältnisse den Interessenten nicht füglich im Allgemeinen zumuthen könne, lehrt er S. 334., der Rechtsirrthum werde ungünstiger beurtheilt, weil dabei den Irrenden stets der Vorwurf grosser Nachlässigkeit treffe, was jedenfalls nicht bei der condictio indebiti der Fall ist, die gezeigtermaassen ohngeachtet des erroris in jure, des groben erroris in jure, gegeben wird. Weiter sagt er S. 335., die günstige Beurtheilung des factischen, die ungünstige des Rechtsirrthumes führe dahin, dass jener nicht brauche bewiesen zu werden, letzterer aber in der Art müsse bewiesen werden, dass zugleich denselben entschuldigende Umstände in das Licht träten. Nicht sucht er diese Behauptung in Hinsicht auf die bei der cond. indebiti vorkommende igno-

*) S. 343. „Der in den mitgetheilten Stellen enthaltene scheinbare Widerspruch verschwindet, wenn man dieselben nicht in dieser willkührlichen Absonderung, worin allein der trügerische Schein derselben, als durchgreifender Rechtsregeln, enthalten ist, betrachtet, sondern im Zusammenhang mit ihrer ganzen Umgebung und mit anderen verwandten Stellen. Jede derselben will also nur sagen, dass in einem gegebenen Falle, unter den besonderen Bedingungen desselben, die in Verbindung mit einem Irrthum vorgenommene Handlung keine Wirkung habe.“

rantia juris zu beweisen, was ihm auch nicht gelungen sein würde. Denn diese anlangend ist es nirgends gesagt und konnte es nirgends gesagt werden, da eine transigendi animo bewirkte Zahlung in der Regel über die factische und allemal über die juristische Streitfrage transigirt hat.

In Num. IV. S. 336.—338. schliesst er von der ungünstigen Beurtheilung des Rechtsirrthums die Fälle aus, wo es allerdings besondre Schwierigkeiten habe, das Recht zu kennen, und als solche nimmt er zwei an, erstlich den, wo es sich überhaupt um einen streitigen Rechtssatz handle*). Nicht eine einzige Stelle hat er allegirt, wo dieser Satz sich in einem concreten Falle zur Anwendung gebracht fände. Auch erwäge man, wohin dieser Satz in der Anwendung führen würde? Wenn nach den Lehrsätzen der einen Schule Titius schuldig, nach den der andern nicht schuldig war, so kann doch wahrhaftig die Frage, ob er denn nun wirklich etwas schuldig oder nicht schuldig gewesen sei, nur von den überwiegenden Gründen abhängen, die der beurtheilende Richter auf dieser oder auf jener Seite vorhanden findet**). Am allerwenigsten ist hierauf bei der condictio indebiti zu sehen. Denn je zweifelhafter es war, ob das was Titius für eine Nichtschuld nach seinen subjectiven Ansichten hielt, auch der Richter für eine solche halten würde, um so mehr konnte Titius sich bewogen fühlen zu zahlen, um den Rechtsstreit abzuwenden. Zweitens soll des Rechtsirrthumes günstige Beurtheilung eintreten bei Sätzen des particulären Rechtes, da dessen Kenntniss oft weit weniger vorbereitet und zugänglich sei, als die des allgemeinen. Das kann offenbar nur von dem

*) S. 336. u. 337. „Wenn z. B. ein Satz unter den beiden Schulen der Röm. Juristen streitig war, so konnte der Richter, welcher die Meinung einer Parthei für einen Rechtsirrthum hielt, ihr nicht einen nachlässigen Mangel der Erkundigung bei Rechtsverständigen vorwerfen, da ja auch die diversae scholae auctores Rechtsverständige waren."

**) Die auch in dieser Hinsicht der Theorie überlegene Praxis giebt der Streitigkeit der Rechtsfrage keine andre Folge als Compensation der Kosten.

Ausländer gelten, dem das provincielle Recht oder Statut nicht publicirt worden ist, und auch dann nur, wenn er nach provinciellem Rechte oder nach einem Statute soll beurtheilt werden unter Umständen, wo er dies zu ahnen nicht vermocht und also auch keine Veranlassung hatte, sich darum zu bekümmern. In der Regel ist für jeden, der sich danach richten soll, das particulare Recht ebenso in seinen Gränzen „verbreitet" als das allgemeine und, weil es in der den dabei in der Regel Betheiligten angeborenen Sprache geschrieben ist, auch viel zugänglicher als das allgemeine. Endlich frage ich, ob nicht die v. S.'s Theoremen gehorsame Praxis in die völlig haltungslose Bodenlosigkeit geriethe, wollte sie dem Consectarium nachkommen, das er aus jenen Ansichten in Betracht „unsers gelehrten und verwickelten" richtiger gesagt durch falsche Gelehrsamkeit verwickelten „Rechtszustandes" zieht*)? Von diesen Consectarien lenkt dann in Num. V. S. 338. und 339. v. S. zu der l. frater a fratre ein. Der Mühe werth ist es, die merkwürdige Stelle in

*) S. 337. u. 338." Die Anerkennung dieser beiden Fälle aber muss uns dahin führen, in dem heutigen Recht den Rechtsirrthum überhaupt milder zu behandeln, als er nach den Aussprüchen der Röm. Juristen behandelt werden sollte. Denn der Umfang des controversen Rechtes ist in unserm gelehrten und verwickelten Rechtszustand ungleich grösser, als er den Römern erscheinen konnte. Eben so aber nimmt auch das particuläre Recht bei uns eine ohne Vergleich wichtigere Stelle ein, als bei den Römern; in Beziehung auf dieses wird daher auch die Schuldlosigkeit des Rechtsirrthums in einer merkwürdigen Stelle des canonischen Rechts ausdrücklich anerkannt. C. 1. de constitut. in VI. (1. 2.) Romanus pontifex . . . locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, cum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare." (An dieser Stelle nehme ich nichts Merkwürdiges wahr; was ihm niemand gesagt hat und warum sich zu kümmern er nicht veranlasst war, das weiss der Gesetzgeber eben so wenig als der Unterthan.) „Indem wir also hier eine mildere Behandlung des Rechtsirrthums für die heutige Zeit in Anspruch nehmen, so liegt darin keinesweges eine willkührliche Abweichung von den Grundsätzen des Röm. Rechts, die wir vielmehr ganz in ihrem Sinn auf die veränderten Umstände anwenden wollen. So verwandelt sich von selbst der eine blosse Thatsache ausdrückende Satz des Paulus: quod raro accipiendum est, in den etwas veränderten Satz: quod minus raro hodie accipiendum est."

unverkürzter Ausdehnung mitzutheilen*). Wie kann aus v. S.'s gewissenhaft von mir mitgetheilten „Entwickelungen der Natur des Rechtsirrthumes die practische Bestätigung" des völlig unwahren Satzes folgen, der Irrthum über die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel sei zu den Fällen des factischen, nicht des Rechtsirrthumes zu zählen? Wäre dies aber wahr, so käme auf die Verwickelung des Falles in l. 38. cit. nichts an, denn error in facto soll allemal unschädlich sein. Endlich sieht v. S. die subjective aus linguistischen Momenten entspringende Schwierigkeit, welche er bei gesuchtem Verständnisse der Stelle kann empfunden haben, für

*) „Aus der hier entwickelten Natur des Rechtsirrthumes folgt nun zugleich die schon oben angekündigte practische Bestätigung des Satzes, dass der Irrthum über die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel zu den Fällen des factischen, nicht des Rechtsirrthumes, zu rechnen ist. Die Subsumtion nämlich ist in einfachen Fällen so leicht, dass in derselben ein Irrthum kaum vorkommen kann. Sobald aber ein Rechtsfall in verwickelter Gestalt erscheint, wird oft die Subsumtion so schwierig sein, dass selbst Diejenigen, die über die einschlagenden Rechtsregeln ganz einig und im Klaren sind, dennoch den Fall selbst auf ganz entgegengesetzte Weise beurtheilen werden. Dann aber wäre es doch die höchste Willkühr und Ungerechtigkeit, wenn wir Demjenigen, dessen Subsumtion wir verwerfen, nicht nur Unrecht geben, sondern auch grosse Nachlässigkeit vorwerfen wollten, indem er durch Erkundigung die Wahrheit leicht hätte erfahren können. Ein Beispiel mag dieses anschaulich machen. Der berühmten l. frater a fratre (l. 38. de cond. indeb.) liegt ein so verwickelter Rechtsfall zum Grunde, dass sehr namhafte Juristen, lediglich durch verschiedene Subsumtion, auf ganz entgegengesetzte Erklärungen gerathen sind. Wollten wir nun Demjenigen, der unter Voraussetzung einer irrigen Erklärung dieser Stelle ein Rechtsgeschäft vorgenommen hätte, eine unverzeihliche Nachlässigkeit vorwerfen, und deshalb den Schutz entziehen, worauf er ausserdem, des Irrthums wegen, Anspruch haben dürfte? Die Römer urtheilen nicht also. Denn obgleich sie überhaupt den Rechtsirrthum sehr streng behandeln und namentlich als Grund der condictio indebiti nicht gelten lassen, so gestattet doch Africanus in dem Fall dieser Stelle die Condiction unbedenklich: offenbar von der Ansicht ausgehend, dass der Irrthum des an seinen Bruder zahlenden Schuldners, der sich in das verwickelte Rechtsverhältniss nicht hatte finden können, ganz andrer Natur sei, als der Irrthum über eine leicht fassliche, überall zu erfragende Rechtsregel."

objective juristische Schwierigkeit in Beurtheilung des darinne auseinandergesetzten Falles an; eine solche aber — m. s. v. S. S. 177. und 178. — existirt nicht.

5) l. 37. de auro (34. 2.). Ornamentorum appellatione vestem muliebrem non contineri, nec errorem heredis jus mutasse, respondi. Diese Stelle wird ebenfalls auf factischen Irrthum bezogen, obschon Paulus sagt: der Rechtssatz: weibliche Kleidungsstücke wären nicht unter ornamenta begriffen, werde nicht durch des Erben, diesen Satz verkennenden Irrthum, aufgehoben*).

§. 6.

v S.'s Behandlung andrer in die vorliegende Materie einschlagender Stellen.

Wenn v. S. in Num. XXXVII. S. 454.—460. eine Anzahl den error facti für schädlich, den error juris für unschädlich erklärende Stellen citirt, „deren entscheidende Kraft schwerlich Jemand in Zweifel ziehen möchte, der sie läse, ohne noch irgend eine Meinung über die vorliegende Frage gefasst zu haben," so könnte ich eben diese Stellen füglich auf sich beruhen lassen, denn nicht bestreite ich den Satz, dass error juris schädlich und der error facti unschädlich sei, tadle aber an v. S.'s Lehren, dass er bei der cond. indebiti nicht die besondern Voraussetzungen erkannt hat, unter denen dieser Unterschied zur Sprache kommen und practische Wichtigkeit erlangen kann, vielmehr glaubt, bei der condict. indebiti müsse allemal die Frage eintreten, ob der Zahlende in facto oder in jure geirrt habe**). Jedoch nicht unzweckmässig wird es sein, zu zeigen, wie alle die von ihm citirten Stellen ohne den mindesten Zwang sich mit der von mir entwickelten Theorie vereinigen.

*) l. 79. de leg. II. (31. un.) und l. 20. pr. fam. ercisc. (10. 2.) übergehe ich; weil diese Fragmente keine — m. vgl. v. S. am a. O. S. 464, 465. — unmittelbare Beziehung zur cond. indebiti haben.

**) M. s. S. 340. u. 341. „Die irrige Zahlung einer Nichtschuld kann zurückgefordert werden, vorausgesetzt, dass ein factischer Irrthum zum Grunde liegt."

Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est.

Was heisst jus ignorare in strengster Bedeutung des Wortes? ein Gesetz nicht kennen. M. s. l. 2. §. 12. de origine juris — l. 2. — Ita in civitate nostra aut jure, id est lege constituitur. Demnach zahle ich ignorantia juris seu legis, wenn ich etwas zahle, das eine Schuld wäre, wenn es nicht ein Gesetz für eine Nichtschuld erklärt und also zu dem gemacht hätte, was die Römer ein debitum naturale nannten, also ein debitum ist und daher nicht als indebitum zurückgefordert werden kann, obschon das Gesetz es zu fordern behinderte. Z. B. ein filius familiae hat geborgt bei des Vaters Lebzeiten, nach des Vaters Tode und durch die ihm angefallene Erbschaft dazu in den Stand gesetzt, befriedigt er den Gläubiger und will nun das Gezahlte zurückfordern — m. vergl. hierbei die l. 38. de cond. indeb. cit. — Er hat nicht in facto geirrt, alle factischen Prämissen der Schuld existirten. Hier vermag er gar nicht das indebitum und also auch nicht indirect den error facti zu beweisen. Er will also beweisen, in jure habe er sich geirrt, das SC. Macedonianum nicht gekannt. Die Unkenntniss des Gesetzes hilft ihm zu nichts, denn mit und ohne Kenntniss desselben hat er ein debitum bezahlt.

Die weite Ausdehnung, in welcher die naturalis obligatio bei den Römern angenommen wurde, beweist dass l. 10. C. cit., verstanden in dem von mir angenommenen Sinne, auch eine in weiter Ausdehnung anwendbare Regel war, die den Ansichten v. S.'s nicht zur mindesten Unterstützung gewährt. Hier hat v. S. jene Bedeutung des Wortes jus und den damit zusammenhängenden Begriff der naturalis obligatio ganz übersehn.

2) l. 6. C. eod. lautet vollständig also: Si non transactionis causa, sed indebitam, errore facti, olei materiam vos Archantico stipulanti spopondisse Rector provinciae animadverterit, reddito quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.

Indem v. S. nur die Worte: si . . indebitam errore

facti olei materiam spopondisse animadverterit, condicentes audiet, giebt er zu erkennen, dass ihm die übergangenen Worte: non transactionis causa, keiner Beachtung haben werth geschienen, während eben diese Worte ihn zu der Bemerkung hätten veranlassen sollen, dass die Römer wissendliche Zahlung eines indebiti als eine transactionis causa erfolgte ansahen. Die Stelle hat folgenden Sinn: die nicht transigendi animo erfolgte Stipulation condicirst du und sie ist nicht transigendi animo erfolgt, wenn bei der Stipulation positive oder negative Umstände irrigerweise sind als vorhanden angenommen worden.

3) l. 7. eod. Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet; nam causa decisa velamento tali non instauratur. v. S. citirt nur die Worte: error facti necdum finito negotio nemini nocet, welche an sich betrachtet auf die Trivialität hinauslaufen, unschädlich sei der error facti bei einem nicht zum Abschlusse gediehenen Geschäfte. Wer kann bezweifeln, dass die triviale Wahrheit auch von dem error juris gelte? Gewiss sollte die Stelle einen beachtungswertheren Gedanken aussprechen. Nach diesen sich umzusehen, hat v. S. nicht der Mühe werth gehalten.

4) l. 6. C. de condict. indeb. (4. 5.) Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem pro alio solvisti, et hoc adito Rectore provinciae fuerit probatum, hanc ei, cujus nomine soluta est, restitui eo agente providebit.

Hier ist nichts von dem error juris gesagt; dies sehr begreiflicher Weise, da vorauszusetzender Maassen man ein indebitum nur errore facti bezahlt. Blos dann zahlt man es errore juris, wenn man über die Rechtsfrage transigiren will. Niemals aber wird animus transigendi präsumirt, niemals also auch die denselben bedingende Kenntniss der factischen Verhältnisse. Gleiche Bewandniss hat es mit l. 7. eod. Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse, explorati juris est.

5) l. 9. §. 5. de juris et facti ignorantia. (22. 6.) Hier wird in einem kaiserlichen Rescripte von Erben, die ein Legat voll ausgezahlt haben, weil ihnen unbe-

kannt war, dass sie von dem beneficio legis Falcidiae könnten Gebrauch machen, gesagt: sciant ignorantiam facti non juris prodesse, und dabei hinzugesetzt: nec stultis solere succurri sed ignorantibus. Diesen Zusatz, als den Grund der Entscheidung betrachtend, sagt v. S., es passe derselbe völlig eben so auf jedes andre indebitum. Das aber dürfte gar sehr die Frage sein. Erstlich wird niemand in unbeschränkter Allgemeinheit der Ansicht sein, verlustig mache sich der Rechtshülfe wer der eignen Unbesonnenheit es zuzuschreiben habe, der Rechtshülfe benöthigt worden zu sein. Und sodann ist es thatsächlich gewiss, dass mit einer solchen Meinung die rescribirenden Kaiser entschiedene Opposition gegen die in Betreff der condictio indebiti übliche Praxis gemacht hätten. Denn es ist gezeigt worden, dass diese Klage konnte auch von solchen angestellt werden, die gar nicht, ohne sich selbst die Gabe des Gedächtnisses abzusprechen, in facto konnten geirrt haben und, da sie demohngeachtet gezahlt hatten, gleich Kindern oder Narren in dem verfahren waren, was man rechtliche Beurtheilung eines Verhältnisses nennt. Hätte v. S. die Worte beneficio legis falcidiae und solere succurri scharf beachtet, so würde er sich gesagt haben, dass, wenn man die Entscheidung des vorliegenden concreten Falles auf eine allgemeine Regel zurückführt, die sowohl diesen Fall, als auch einen jeden ihm gleichen, aber auch schlechterdings keinen ihm ungleichen umfasst, die Regel also lautet: daferne jemand, den ein Gesetz unter gegebenen Umständen also begünstiget, dass er nicht zu bezahlen braucht, was er ohne jenes Gesetz zahlen müsste, demohngeachtet zahlt, so hat er die Einbusse der eignen Unkunde und Thorheit zuzuschreiben, wenn er alsdann nicht auch anderweit in der Maasse begünstiget wird, dass man ihm verstattet das Gezahlte zurückzufordern. Welches ihn begünstigende Gesetz hat dagegen durch Unkunde oder Thorheit derjenige Bürge übersehen, der gestern bezahlte, was nicht von ihm fordern zu wollen der Gläubiger vorgestern auf zu Recht verbindliche Weise erklärt hatte? Aus §. cit. geht nur

so viel hervor, dass sobald ein Gesetz mir verstattet, etwas nicht zu zahlen, es mir nicht ohne weiteres auch das Gezahlte zurückzufordern gestattet. Himmelweit ist davon der Fall verschieden, wo ich irrigerweise glaube ein Gesetz, ein bestehendes Recht verbinde mich zu zahlen. Demnach hat aber auch v. S. sehr Unrecht, wenn er die „ignorantiam juris" und den „error in jure" einander völlig gleich stellt. M. s. S. 326.*)

6) l. 2. C. si adversus solut. (2. 33.) lautet also: indebito legato, licet per errorem juris a minore soluto, repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.

Grosses Gewicht legt v. S. auf diese Stelle. M. s. S. 459. u. 460. wo er sagt: „Ein minderjähriger hatte ein Legat, das er aus irgend einem Grunde nicht schuldig war, aus Rechtsirrthum ausgezahlt. Er soll es zurückbekommen, wenn die Restitutionszeit noch nicht abgelaufen ist. (Also nicht, wenn sie abgelaufen ist; und eben so wenig, wenn die Zahlung von einem Volljährigen geschah. Gegen dieses arg. a contrario wird wohl niemand etwas einwenden.)"

Vor allen Dingen hätte v. S.'m nicht entgehen sollen, dass indebitum legatum eine letzwillige Verordnung ist, die eine Nichtschuld zum Objecte eines legati debiti macht. Die schlagende Beweiskraft, welche v. S. der Stelle beilegt, verschwindet, sobald wir sie auf einen Fall beziehn, wo die ignorantia juris als solche im eigentlichsten Sinne des Wortes, nämlich als ignorantia legis, eines von der Zahlungsverbindlichkeit befreienden Gesetzes erschien, welchenfalls das nämliche von l. 2. cit. gilt, was von l. 9. §. 5. ist gesagt worden. An einen error in jure der nicht zugleich ignorantia juris seu legis

*) „Der Mangel richtiger Vorstellung von einem Gegenstand lässt sich auf zweierlei Weise denken: entweder als blosse Bewusstlosigkeit in Beziehung auf denselben, oder als falsche Vorstellung, welche die Stelle der wahren eingenommen hat. Den ersten Zustand nennen wir Unwissenheit, den zweiten Irrthum. Die juristische Beurtheilung ist für beide Zustände völlig dieselbe, und darum ist es gleichgültig, welchen von beiden Ausdrücken man gebraucht."

wäre, lässt um deswillen sich bei vorliegender Stelle nicht denken, weil aus besondern Gründen ein Rechtsirrthum, der nicht zugleich ignorantia **legis** war, bei dem indebito legato überhaupt kaum in Betracht kommen konnte. Denn sobald der Schuld eine exceptio entgegenstand, so war letztere vernichtet durch das Legat. M. s. l. 28. pr. de legat. (I. 33.) si creditori meo tutus adversus eum exceptione id, quod ei debeo, legem, utile legatum est, quia remissa ei exceptio videtur. M. vergl. auch l. 13. de liberat. legat. (34. 3.). Selbst dann, wenn ein legatum debiti den Betrag des debiti überschreitet, ist dennoch das Legat auch hinsichtlich des Uebermaasses ein zu Recht bestehendes. l. 5. ad leg. Falcidiam. (35. 3.) War es nach alle dem eine, übrigens leicht zu erklärende, Eigenthümlichkeit des indebiti legati, weniger die Nichtschuld als das **Legat** in das Auge zu fassen, so frage ich, wo bleibt die schlagende Wirkung, welche v. S. der l. 2. C. cit. beilegt?

Vorstehende Erörterungen werden den Leser in den Stand setzen, ein selbständiges Urtheil sich darüber zu bilden, ob ich derjenigen Theorie, welche v. S. über den Irrthum bei der condictio indebiti vorträgt, practischen Sinn, logische Schärfe in Auffassung der Begriffe und Acribie in Behandlung der Quellen mit Recht oder mit Unrecht abspreche.

Guss und Druck von **Friedrich Nies** in Leipzig.

Textberichtigungen.

S. 2. Z. 4. von unten statt: sei, darüber zu lesen: sei—darüber
S. 10. Z. 19. von oben statt: also, in Sätzen die zu lesen: also in Sätzen, die
S. 13. Z. 7. v. o. statt: Eckel zu lesen: Ekel
S. 18. Z. 1. v. o. statt: norm zu lesen: normen
S. 32. Z. 1. v. u. statt: jeden zu lesen: jedem
S. 33. Z. 20. v. o. statt: wussten zu lesen: wüssten
S. 36. Z. 10. v. o. statt: Stoffe zu lesen: Stoffen
S. 40. Z. 14. v. o. statt: der zu lesen: dem
S. 61. Z. 8. v. u. statt: denn zu lesen: dann
S. 88. Z. 18. v. o. statt: des zu lesen: das
S. 94. Z. 3. v. o. statt: entstehende zu lesen: entstehenden
S. 158. Z. 9. u. 10. v. o. statt: Entscheidungsgrund des Satzes zu lesen: Grund zu dessen Entstehen
S. 159. Z. 2. v. u. statt: h zu lesen: k
S. 164. Z. 16. v. o. statt: Intensivität zu lesen: Intensität
S. 177. Z. 9. v. u. statt: conectarium zu lesen: consectarium
S. 177. Z. 10. v. u. statt: der zu lesen: den
S. 180. Z. 20. v. o. statt: Urthel den zu lesen: Urthel als den
S. 193. Z. 11. v. o. statt: andere zu lesen: anderer
S. 198. Z. 12. v. u. statt: disposita zu lesen: dispositiva
S. 208. Z. 20. v. o. statt: Gesetzes zu lesen: Geschäftes
S. 211. Z. 16. v. o. statt: hätten zu lesen: hatten
S. 212. Z. 1. v. o. statt: Bedürfnissfemp and zu lesen: Bedürfniss empfand
S. 212. Z. 13. v. o. statt: anheimgefallen zu lesen: anheimfallen
S. 217. Z. 11. v. u. statt: der zu lesen: den
S. 235. Z. 18. v. o. statt: dafür sein zu lesen: für die Annahme sein
S. 236. Z. 9. v. u. statt: ist auch bemerkenswerth zu lesen: ist bemerkenswerth

S. 236. Z. 10. v. u. statt: Möglichkeit auch in zu lesen: Vorhandensein in
S. 236. Z. 12. v. u. statt: Die zu lesen: Für die
S. 237. Z. 3. v. o. statt: in zu lesen: von
S. 246. Z. 11. v. o. statt: Vindication) zu lesen: Vindication:
S. 246. Z. 13. v. o. statt: ajo zu lesen: ajo:
S. 256. Z. 7. v. o. statt: Ideo zu lesen: Idio
S. 265. Z. 14. v. u. statt: subsummiren zu lesen: subsumiren,
S. 274. Z. 3. v. u. statt: hatte zu lesen: hätte
S. 295. Z. 13. v. u. statt: Uebergänge zu lesen: Uebergange
S. 329. Z. 5. v. o. statt: dadurch von zu lesen: dadurch sich von

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Kritz, Paul Ludolf,

Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben

Bd.: 4

Leipzig 1843

Decis. 69 h-3/5
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396982-3